

Forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer til barn



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 541

Leveringsfrist: 25.04.2010

Til sammen 15031 ord

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
1.1	Problemstilling.....	3
1.2	Opptakt	4
1.3	Rettskildebilde	7
1.3.1	Innledning.....	7
1.3.2	EØS-avtalens betydning for rettsanvendelsen.....	7
1.3.3	EF-domstolens og EFTA-domstolens rettsanvendelsesmetode	9
1.3.4	Rettskildeanvendelsens betydning for oppgaven	12
1.4	Opplegg og fremstilling	12
2	Forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer etter direktivet.....	13
2.1	Innledning	13
2.2	Svartelisten pkt. 28	15
2.2.1	Forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer etter svartelisten	15
3	Forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer i norsk rett	26
3.1	Innledning	26
3.2	Rettstilstanden etter markedsføringsloven av 1972.....	27
3.2.1	Innledning.....	27
3.2.2	Forbudet mot kjøpsoppfordringer	28
3.3	Rettstilstanden etter markedsføringsloven av 2009.....	29
3.3.1	Innledning.....	29
3.3.2	Forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer etter mfl. § 20 annet ledd	30
3.3.3	Spesielt om reklame i fjernsyn	44
4	Betydningen av at en handelspraksis er i strid med mfl. § 20 annet ledd	46

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Barn har med tiden blitt en viktig og reell forbrukergruppe med stor kjøpekraft og er derfor en ettertraktet målgruppe for de kommersielle aktører. Samtidig er dette en meget sårbar forbrukergruppe som mangler erfaring og kritisk sans, og har derfor et særlig behov for beskyttelse. Parallelt med det økte fokuset på barn og unge som en attraktiv målgruppe, øker også behovet for klare og synlige spilleregler for de næringsdrivende som beskytter barn og unge fra reklamens sterke påvirkning. I Norge er dette søkt ivare tatt igjennom lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) av 9. januar 2009 nr. 2.¹ I markedsføringsloven er det inntatt et eget kapittel – kapittel 4 - som gjelder beskyttelsen av barn i markedsføring.

Det fremgår av markedsføringsloven § 20 (2) at *”det er forbudt å ta med i reklame direkte oppfordringer til barn om å kjøpe annonserte produkter eller overtale foreldre eller andre voksne til å kjøpe de annonserte produktene til dem”*.

Bestemmelsen oppstiller et forbud mot reklame som direkte oppfordrer barn til å kjøpe et produkt, eller som direkte oppfordrer barn til å overtale eller ”mase” på andre voksne til å kjøpe produktet til dem.

Selv om bestemmelsen er utformet for å være klar og entydig, så reiser bestemmelsen i seg selv en rekke tolkningsspørsmål. Samfunnsutviklingen har gitt dette forbudet særskilt aktualitet da det tas i bruk stadig nye kreative former for påvirkning igjennom de mange markedsføringskanalene som nå foreligger. For eksempel har internett blitt en meget populær portal for markedsføring mot barn da internett nå er en naturlig del av hverdagen. Samtidig er det ofte vanskelig for barn å gjenkjenne reklame i slike kanaler da skillet mellom redaksjonelt stoff og markedsføring ofte er flytende.

¹ Heretter ”mfl.”

Vern av barn og unge mot kommersiell påvirkning er høyt prioritert hos Forbrukerombudet² som nå diskuterer hva som ligger i begrepet ”direkte kjøpsoppfordring”.

Selve problemstillingen for oppgaven blir derfor å redegjøre for begrepet direkte kjøpsoppfordringer til barn og således hvor sterke kjøpsoppfordringer som må foreligge for at de skal anses forbudt.

Når markedsføringsloven bruker ordet ”barn” menes i utgangspunktet mindreårige under 18 år slik begrepet er brukt i gjeldende rett.

Markedsføringsloven har blant annet bakgrunn i direktiv 2005/29/EF om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere³ som er inntatt i EØS-avtalen. I forarbeidene til markedsføringsloven fremgår det at loven i hovedsak er en videreføring av gjeldende rett med de tilpasninger direktivet om urimelig handelspraksis krever.⁴

Da en økende del av markedsføringen foregår ved bruk av digital teknologi på tvers av landegrensene i EU og EØS, er en forutsetning for å oppnå et effektivt forbrukervern å søke ensartede regler mellom medlemslandene. Forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer til barn må derfor tolkes i lys av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen da forbudet også fremgår av direktivet om urimelig handelspraksis.

Det vil derfor være hensiktsmessig med en kort redegjørelse for bakgrunnen for forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer til barn både etter direktivet og etter norsk rett.

1.2 Opptakt

Et av kjerneområdene i Den Europeiske Union (EU) er å tilsikre et velfungerende indre marked med fri flyt av varer, tjenester, kapital og personer mellom medlemslandene. Som en konsekvens av den frie varehandelen, har handel på tvers av landegrensene i EU og EØS med

² Forbrukerombudet er det forvaltningsorganet som skal føre tilsyn med at bestemmelsene i markedsføringsloven overholdes, hovedsakelig ut fra hensynet til forbrukerne, jf. mfl. § 34.

³ Heretter ”direktivet om urimelig handelspraksis” eller ”direktivet”.

⁴ Jf. Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) s. 9

tiden blitt vanlig. En forutsetning for at det indre markedet skal fungere tilfredsstillende er at det foreligger harmoniserte regler på fellesskapsplan. Det har vært store ulikheter i nasjonal rett mellom medlemslandene, særlig vedrørende reguleringen av hva som skal anses som urimelig handelspraksis. Denne forskjellen bidro til uforutsigbarhet og komplikasjoner for de kommersielle aktørene ved markedsføring utover nasjonale grenser. Ulikhetene i nasjonal rett forårsaket således handelshindringer for det indre marked, da den manglende forutsigbarheten knyttet til reguleringen av urimelig handelspraksis svekket grunntanken om fri vareflyt. Videre ville et uforutsigbart og lite effektivt forbrukervern svekke forbrukernes tillit til det indre marked. Behovet for et felles regelverk innen EU/EØS var dermed fremtredende, og utarbeidelsen av et felles direktiv ble dermed iverksatt.

For å tilsikre rettsenhet blant medlemslandene med høyt forbrukervern på samme nivå ble direktivet om urimelig handelspraksis derfor utformet som et totalharmoniseringsdirektiv.⁵ Ved å løfte nasjonale regler om forbrukerbeskyttelse opp til fellesskapsnivå ønsker EU å oppnå en økt forbrukerbeskyttelse igjennom å skape bedre forutsigbarhet både for forbrukerne og for de næringsdrivende. Dette vil igjen bidra til å styrke det indre marked.

Direktivet om urimelig handelspraksis ble publisert i EU-tidende den 11. juni 2005. I hovedsak omhandler direktivet standardpregede forbud mot urimelig handelspraksis, men det ble i tillegg tatt enkelte grep for sikre forutsigbarhet. Det ble ved utarbeidelsen av direktivet laget en såkalt ”svarteliste” med en oppstilling av 31 former for handelspraksis som under alle omstendigheter anses som urimelige og dermed forbudt. Svartelisten fremgår av vedlegg 1 til direktivet.⁶

Om bakgrunnen for svartelisten uttales det i direktivets fortale pkt. 17:

”For å oppnå større rettssikkerhet er det ønskelig å angi hvilke former for handelspraksis som under alle omstendigheter er urimelige. Vedlegg I inneholder derfor en fullstendig liste over slike former for praksis. Disse er de eneste formene for handelspraksis som kan anses

⁵ At direktivet om urimelig handelspraksis er et totalharmoniseringsdirektiv fremgår blant annet av direktivets fortale pkt. 14 og pkt. 15 hvor det legges opp til en ”full harmonisering”.

⁶ Svartelisten er gitt med hjemmel i direktivet art. 5 nr. 5. Det fremgår der at listen får anvendelse i alle medlemslandene.

som urimelige uten vurdering i hvert enkelt tilfelle mot bestemmelsene i artikkel 5-9. Listen kan endres bare ved revisjon av dette direktiv.”

Forbudene som er opplistet i svartelisten er mer detaljert utformet i motsetning til de mer generelle bestemmelsene i direktivet hvor det må foretas en konkret urimelighetsvurdering. På den måten skal svartelisten bidra til at både de næringsdrivende og forbrukerne alltid er klar over hvilke former for handelspraksis som under alle omstendigheter er forbudt.

Et av de opplistede forbudene i svartelisten er forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer til barn. Det fremgår av svartelisten pkt. 28 at det er forbudt:

”Å ta med i reklame direkte oppfordringer til barn om å kjøpe annonserte produkter eller overtale foreldrene eller andre voksne til å kjøpe de annonserte produktene til dem. Denne bestemmelsen berører ikke artikkel 16 i direktiv 89/552/EØF om fjernsynsvirksomhet.”

Bakgrunnen for forbudet var å beskytte barn mot direkte kjøpepress, uten å nedlegge et totalforbud mot reklame rettet mot barn.⁷

Forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer i reklame rettet mot barn er derimot ikke et nytt fenomen i norsk rett. Det har ikke fremkommet som et uttrykkelig forbud i markedsføringsloven av 1972, men praksis fra Forbrukerombudet viser at reklame som inneholdt en kjøpsoppfordring rettet mot barn ble vurdert etter den tidligere generalklausulen i § 1. Vurderingstemaet etter den gamle loven var om markedsføringen ble ansett egnet til å skape et urimelig kjøpepress for barn.

Ved utarbeidelsen av den nye markedsføringsloven ønsket departementet å synliggjøre beskyttelsen av barn og unge og ville derfor ta inn et uttrykkelig forbud mot direkte kjøpsoppfordringer i loven. Som følge av at direktivet om urimelig handelspraksis er utformet som et totalharmoniseringsdirektiv, måtte man ved lovarbeidet ta hensyn til de begrensninger

⁷ Jf. direktivets fortale pkt. 18. *”Det bør derfor på listen over former for praksis som under alle omstendigheter er urimelige, tas med en bestemmelse som, uten at det pålegges et regelrett forbud mot reklame rettet mot barn, beskytter dem mot direkte kjøpepress. Begrepet gjennomsnittsfbruker er ikke et statistisk begrep.*”

direktivet legger på norsk rett innenfor direktivets virkeområde. Gjennomføringen av direktivet om urimelig handelspraksis i nasjonal rett medfører at statene verken kan innføre eller videreføre bestemmelser som fraviker direktivet, nettopp fordi formålet med direktivet er rettsenhet i medlemslandene.

Da direktivet allerede inneholdt et forbud mot direkte kjøpsoppfordringer til barn, medførte dette at departementet valgte å ta svartelisten pkt. 28 ordrett inn i mfl. § 20 (2) for å unngå uklarheter og eventuell motstrid med direktivet.⁸

1.3 Rettskildebilde

1.3.1 Innledning

Forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer til barn fremgår både av markedsføringsloven og av direktivet om urimelig handelspraksis. Ettersom Norge er tilsluttet EØS-avtalen er en kort behandling av rettskildene derfor nødvendig, da både norsk rett og EØS-rett vil være av relevans ved tolkningen av forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer rettet til barn.

1.3.2 EØS-avtalens betydning for rettsanvendelsen

Formålet med EØS-avtalen er; å *”fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde, heretter kalt EØS”*.⁹

Videre skal EØS-statene tilstrebe et dynamisk og ensartet samarbeidsområde og fremme en harmonisk utvikling av EØS.¹⁰ Det betyr at Norge er forpliktet til å søke harmonisering av de lover og regler som er gitt for å sikre en fri handel på tvers av landegrensene.

⁸ Ot.prp.nr. 55 (2007-2008)s. 72.

⁹ Jf. EØS-avtalens art. 1.

¹⁰ Jf. EØS-avtalens forale fjerde og femte ledd. Dette har i litteraturen blitt omtalt som harmoniseringsmålsettingen og kan også utledes av EØS-avtalen art. 1, jf. Arnesen (2009) s. 21.

EØS-avtalen har dermed en rettskildemessig betydning ved tolkningen av de rettsregler som er gitt under EØS-avtalens paragraf.

Etter homogenitetsmålsettingen søkes det å oppnå rettslikhet mellom EØS-retten og EF-retten der det foreligger like bestemmelser. Homogenitetsmålsettingen kan utledes av EØS-avtalen art. 6 hvor det fremgår at det skal legges vekt på rettsanvendelsen i EF-retten der det foreligger identiske regler. I utgangspunktet har EF-domstolen kun relevans før undertegningen av EØS-avtalen etter denne bestemmelsen, men i ODA-avtalen¹¹ art. 3 annet ledd er det slått fast at EFTA-domstolen må ta ”tilbørlig hensyn” til EF-domstolens praksis også etter undertegningen av EØS-avtalen. Det betyr at EF-domstolens praksis vedrørende direktivet om urimelig handelspraksis vil være en relevant rettskildefaktor da man søker å oppnå en ensartet tolkning i EU og EØS.

En tilsvarende tolkning av EØS-avtalens rettskildemessige betydning underbygges av Høyesterett. I Rt. 1997 s. 1954 la Høyesterett avgjørende vekt på praksis fra EF-domstolen. Dommen omhandler tolkning av bestemmelser i arbeidsmiljøloven på bakgrunn av virksomhetsdirektivet.¹² Fordi de aktuelle bestemmelsene i arbeidsmiljøloven var utformet for å implementere et EU-direktiv i norsk rett, fant Høyesterett det hensiktsmessig først å redegjøre for de sentrale rettskildene i saken, og uttalte i den forbindelse:

”Direktivets bestemmelser har ved en rekke anledninger vært behandlet av EF-domstolen. Denne domstolen har i sine avgjørelser gitt anvisning på hvorledes direktivet skal fortolkes. Den konkrete rettsanvendelse overlates i hvert enkelt tilfelle til de nasjonale domstoler. Det følger av EØS-avtalens artikkel 6 at bestemmelsene i direktivet skal fortolkes i overensstemmelse med de rettsavgjørelser som EF-domstolen har truffet før avtalen ble undertegnet, altså før 2 mai 1992. Men også senere avgjørelser vil være sentrale rettskilder for forståelsen av direktivet. I og med at arbeidsmiljøloven kap XII A er utformet med sikte på å implementere direktivet i norsk rett, vil disse rettsavgjørelser få direkte betydning for hva som er norsk rett på dette området.”¹³

¹¹ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol.

¹² EFs rådsdirektiv 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter. Direktivet er utformet som et minimumsdirektiv og medlemsstatene kan således fastsette lover som mer fordelaktige for arbeidstakere, jf. art. 7 i direktivet.

¹³ Jf. Rt. 1997 s. 1954 side 1960.

EF-domstolens rettskildemessige vekt ble også vurdert da Høyesterett tilsidesatte uttalelser i forarbeidene om hvordan loven skulle forstås fordi det forelå praksis fra EF-domstolen som ga uttrykk for en annen tolkning av bestemmelsen. Høyesterett siterer først den relevante uttalelse fra forarbeidene om hvordan loven skal forstås, før de konkluderer med at ”*Denne uttalelse er neppe dekkende for dagens rettslige situasjon*”.¹⁴ Dommen illustrerer at nasjonale rettskilder kan miste mye av sin vekt på bakgrunn av en dynamisk rettsutvikling på det internasjonale plan hvor hensynet til harmoniserte og homogene rettsregler står sentralt.

Forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer i mfl. § 20 annet ledd er som omtalt ovenfor en ordrett gjengivelse av EU-retten. Mfl. § 20 annet ledd gir således uttrykk for et ønske om full harmonisering av direktivet om urimelig handelspraksis, slik at målet for tolkningen blir å komme frem til et EØS-konformt resultat. De europeiske rettskildene som er relevante for tolkningen av direktivet og svartelisten vil derfor være relevante rettskilder ved tolkningen av forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer slik det fremgår av mfl. § 20 annet ledd.

1.3.3 EF-domstolens og EFTA-domstolens rettsanvendelsesmetode

Harmoniseringsmålsettingen og homogenitetsmålsettingen er to grunnleggende prinsipper i EØS-retten. Når norske domstoler skal tolke en bestemmelse som gjennomfører en bestemmelse i et EU-direktiv, må norske domstoler søke å anvende EF-domstolens rettsanvendelsesmetode ved tolkningen. Behovet for å anvende denne metoden vil først og fremst få aktualitet der bestemmelsen gir grunnlag for flere tolkningsalternativer.

Viktigheten av å anvende EF-domstolens rettsanvendelsesmetode ved tolkning av EU/EØS-retten kan illustreres av avgjørelsen *Bulmer v. Bollinger* (1974) L.R. Ch. 411 på s. 425 hvor Lord Denning uttaler:

”Beyond doubt the English courts must follow the same principles as the European court. Otherwise there would be differences between the countries...”¹⁵

¹⁴ Jf. Rt. 1997 s. 1954 side 1963 og 1964.

¹⁵ Avgjørelsen er referert i Arnesen (2009) s. 24.

Når dette kommer fra en engelsk domstol hvor de nasjonale rettsanvendelsesprinsipper tradisjonelt står meget sterkt, er dette meget illustrerende for gjennomslagskraften til EF-domstolens rettsanvendelsesmetode.¹⁶

I EU-retten er lovgivningsprosessen preget av forhandlinger der resultatet ofte er et kompromiss hvilket medfører at forarbeidene til direktivet har mindre relevans i EU-retten enn i norsk rettskildelære.¹⁷ Til gjengjeld skal alle direktiver begrunnes ved hjelp av fortaler (preambler).¹⁸ Dette er en innledende tekst hvor formålet til bestemmelsene i direktivet fremgår.

Ved rettsanvendelsen hos EF-domstolen og EFTA-domstolen er det formålsbetraktninger som ofte avgjørende i motsetning til de argumenter som kan utledes direkte av ordlyden. Selv om ordlyden i EF- retten og EØS-retten i utgangspunktet ikke tillegges like stor vekt som etter den norske rettstradisjonen, kan ordlyden imidlertid få større betydning ved detaljerte bestemmelser hvor det ikke er et særlig stort behov for utfyllende tolkning. Et annet problem er at det foreligger flere språkversjoner av direktivene i EU, og alle språkversjonene regnes som autentiske. Det medfører at det kan være vanskelig å utlede en klar regel av direktivteksten som følge av ordlydsnyansenes betydning for tolkningen. Den veiledningen som ordlyden gir kan derfor bli begrenset, hvilket illustrerer viktigheten av å anvende formålet ved tolkningen av direktivet.¹⁹ Det fremgår av EØS-avtalen art. 129 første ledd at avtalen er ” *utarbeidet i ett eksemplar på dansk, engelsk, finsk, fransk, gresk, islandsk, italiensk, nederlandsk, norsk, portugisisk, spansk, svensk og tysk, med samme gyldighet for hver av tekstene.*”

Når det gjelder sekundærlovgivningen uttales det at ” *Tekstene til de rettsakter som er omhandlet i vedleggene, har samme gyldighet på bulgarsk, tsjekkisk, dansk, nederlandsk, engelsk, estisk, finsk, fransk, tysk, gresk, ungarsk, italiensk, latvisk, litauisk, maltesisk, polsk, portugisisk, rumensk, slovakisk, slovensk, spansk og svensk slik de er kunngjort i Den*

¹⁶ Se her Casper M. Meland, En komparativ analyse av norsk og engelsk kontraktsrett ... - MarIus Nr 356

¹⁷ EØS-rett (2004) s. 54

¹⁸ Følger av EF-traktaten art 253

¹⁹ Arnesen (2009) s. 27 flg.

europæiske unions tidende, og det skal utarbejdes tekster på islandsk og norsk som skal gis samme gyldighet og kunngjøres i EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende.”

Det betyr at den norske språkversjonen av direktivet i prinsippet har like stor gyldighet og gjennomslagskraft som for eksempel den franske og engelske, selv om praksis fra Høyesterett kan gi uttrykk for det motsatte.²⁰

I Rt. 2002 s. 391 uttalte Høyesterett:

”Varemerkeretten er omfattet av EØS-avtalen. EFs varemerkedirektiv 89/104 av 21. desember 1988 (389L0104) er derfor folkerettslig bindende for Norge, og direktivet er gjennomført i norsk rett ved endringer av 27. november 1992 i varemerkeloven. Direktivets art. 3 nr. 1 bokstav b bestemmer i den engelskspråklige versjon at «trade marks which are devoid of any distinctive character» ikke kan registreres. I den danskspråklige versjon lyder den tilsvarende bestemmelsen slik: «varemærker, der mangler fornødent særpræg». Jeg nevner at i en uoffisiell oversettelse til norsk lyder den tilsvarende formuleringen «varemerker som mangler særpreg», men denne oversettelsen er upresis og kan ikke legges til grunn for avgjørelsen.”

Høyesterett gir her uttrykk for at den norske språkversjonen av direktivet er en uoffisiell oversettelse, men det fremgår av art. 129 annet ledd i EØS-avtalen at den norske språkversjonen skal ha samme gyldighet som andre lands språkversjoner. Ved tolkningen av direktivet om urimelig handelspraksis vil derfor den norske språkversjonen være utgangspunktet for tolkningen, samtidig som andre lands språkversjoner vil kunne bidra til å illustrere eventuelle nyanser av ordlyden.

Videre er det en dynamisk tolkningsmetode som anvendes i EF-retten slik at man dermed får en tidsriktig tolkning av bestemmelsene. Ved å benytte en formålsbetraktet tolkning oppnås det således en dynamisk utvikling av rettstilstanden.

²⁰ Jf. Arnesen (2009) s. 30.

1.3.4 Rettskildeanvendelsens betydning for oppgaven

I forarbeidene til mfl. § 20 annet ledd fremgår det at grensen for hvor ”direkte” kjøpsoppfordringer til barn må være for å rammes av forbudet, må fastlegges igjennom praksis.²¹ Siden det her er tale om et nytt forbud i markedsføringsloven, foreligger det lite praksis til veiledning om hvordan forbudet skal forstås.

Som følge av EØS-avtalens rettskildemessige betydning som beskrevet ovenfor vil EF-domstolens tolkningsmetode og rettsanvendelse vil derfor være relevant for oppgaven. Da direktivet om urimelig handelspraksis er et forholdsvis nytt direktiv, foreligger det også lite relevant praksis fra EF-domstolen eller EFTA-domstolen som omhandler forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer til barn. Fortalen til direktivet om urimelig handelspraksis er derfor en relevant rettskildefaktor ved tolkningen av forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer til barn, da det er fortalen som gir uttrykk for de relevante formålsbetraktninger som er aktuelle for tolkningen av direktivet. Videre er det i fortalen gjort viktige presiseringer som vil ha betydning for tolkningen av de etterfølgende bestemmelsene.

1.4 Opplegg og fremstilling

Jeg vil i det følgende først under pkt. 2 ta for meg forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer til barn etter direktivet om urimelig handelspraksis og tolke det i samsvar med den rettsanvendelse som benyttes i EF-retten og EØS-retten. Deretter vil bestemmelsen tolkes slik den fremstår i mfl. § 20 annet ledd og i den kontekst bestemmelsen fremgår av.

²¹ Jf. Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) s. 205.

2 Forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer etter direktivet

2.1 Innledning

I direktivet fokuseres det på det generelle forbudet mot urimelig handelspraksis. Formålet med direktivet er å fjerne handelshindringer i det indre marked og å bidra til økt forbrukerbeskyttelse.²² Ved å innføre en felles norm for hva som skal anses som urimelig handelspraksis i medlemslandene, bidrar dette til å øke forbrukernes tillit til det indre marked samtidig som det blir enklere for de næringsdrivende å forholde seg til regelverket ved grenseoverskridende handel. Direktivet er derfor utformet som et totalharmoniseringsdirektiv.

Dette betyr imidlertid ikke at det også etter direktivet kan være forskjeller mellom medlemsstatenes regler om markedsføring. Direktivets virkeområde gjelder for *”foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere som er fastsatt i artikkel 5 før, under og etter en handelstransaksjon knyttet til et produkt.”*²³

Det er kun forbrukernes økonomiske interesser som er beskyttet av direktivet.²⁴

Handelspraksis mellom næringsdrivende faller således utenfor direktivets område. En presisering av direktivets virkeområde er tatt med i fortalet pkt. 9 og direktivet art. 3. Det presiseres her at direktivet ikke berører avtaleretten, immaterialrettigheter, helse- og sikkerhetsaspekter ved produkter, etableringsvilkår eller godkjenningsordninger samt Fellesskapets konkurranseregler og nasjonale regler som gjennomfører dem. Det medfører at medlemsstatene kan opprettholde eller innføre bestemmelser som er begrunnet i helse- og sikkerhetshensyn. Et illustrerende eksempel på dette er ulike regler i nasjonal rett om alkohol- og tobakkreklame.

²² Jf. Direktivet (om urimelig handelspraksis) art. 1:

”Formålet med dette direktiv er å bidra til at det indre marked fungerer tilfredsstillende, og å oppnå et høyt nivå av forbrukervern gjennom tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om urimelig handelspraksis som skader forbrukernes økonomiske interesser.”

²³ Jf. direktivet (om urimelig handelspraksis) art 3 nr. 1.

²⁴ Jf. direktivets fortale pkt. 6. hvor det står at direktivet har som mål en tilnærming av medlemsstatenes lover om urimelig handelspraksis *”som direkte skader forbrukernes økonomiske interesser..”*

I tillegg er det i direktivet gjort unntak for at nasjonale bestemmelser som beskytter forbrukernes økonomiske interesser fremdeles kan opprettholdes dersom de er knyttet til smak og anstendighet.²⁵ Det er opp til hvert enkelt medlemsland å avgjøre hva som bør tillates av handelspraksis ut i fra smaks- og anstendighetshensyn da dette varierer blant medlemsstatene. I Norge er for eksempel den rettslige standarden ”god markedsføringsskikk” videreført i den nye loven uten realitetsendringer da den har som formål å beskytte allmenne etikk- og moraloppfatninger.²⁶

Det betyr at selv om direktivet er presentert som et totalharmoniseringsdirektiv, vil det fremdeles kunne opprettholdes bestemmelser i nasjonal rett som fraviker direktivet forutsatt at bestemmelsene er begrunnet i smak og anstendighet. Et slikt unntak fra totalharmoniseringsformålet medfører at nasjonal rett i medlemslandene fremdeles kan sprike en god del og vanskeliggjør målet om en tilnærming av forbrukerbeskyttelsen i alle land.

Direktivets forbud mot urimelig handelspraksis fremgår av art. 5 i direktivet.

I art. 2 litra d) står det at ”handelspraksis” skal forstås som:

”enhver handling, utelatelse, atferd eller framstilling, kommersiell kommunikasjon, herunder reklame og markedsføring, fra en næringsdrivendes side, som er direkte knyttet til å fremme salget av, selge eller levere et produkt til forbrukerne”.

Selve direktivet inneholder ingen direkte bestemmelser vedrørende markedsføring rettet mot barn utenom forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer til barn i svartelisten. Det er derimot presisert at det skal tas hensyn til sårbare grupper ved en urimelighetsvurdering.²⁷

²⁵ Jf. direktivets fortale pkt. 7 hvor det uttales: *”Dette direktiv berører handelspraksis som er direkte knyttet til påvirkning av forbrukernes transaksjonsbeslutninger med hensyn til produkter... Det berører ikke juridiske krav knyttet til smak og anstendighet, som varierer betydelig blant medlemsstatene. Handelspraksis som for eksempel kundeoppfølging på gaten kan i enkelte medlemsstater være uønsket av kulturelle årsaker. Medlemsstatene bør derfor, i samsvar med Fellesskapets regelverk, fortsatt kunne forby former for handelspraksis på sine territorier med begrunnelse i smak og anstendighet også når slik praksis ikke begrenser forbrukernes valgfrihet.”*

²⁶ Jf. Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) s. 43.

²⁷ Jf. Direktivets fortale pkt. 18 og art. 5 nr. 3.

Det betyr at dersom en reklame rettet mot barn ikke oppfyller vilkårene i svartelisten pkt. 28 som omhandler forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer, kan den allikevel være urimelig etter bestemmelsene i direktivet.

2.2 Svartelisten pkt. 28

Bakgrunnen for forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer til barn er som tidligere nevnt å beskytte barn mot direkte kjøpepress. Svartelisten pkt. 28 er den eneste bestemmelsen i svartelisten som direkte omhandler barn. At det akkurat er dette forbudet som er inntatt i svartelisten taler for at direkte kjøpsoppfordringer rettet mot barn er en særlig uønsket form for handelspraksis. Ved å oppliste denne praksisen i svartelisten vil det bidra til at de næringsdrivende lettere kan forholde seg til det eksisterende regelverk slik at man dermed unngår denne formen for reklame rettet mot barn.

2.2.1 Forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer etter svartelisten

Forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer til barn i svartelisten pkt. 28 står opplistet i gruppen ”aggressiv handelspraksis”. At forbudet står oppført under kategorien ”aggressiv handelspraksis” tilsier at denne formen for reklame må anses som særlig påtrengende og anmassende.

Forbudet i svartelisten pkt. 28 lyder:

”Å ta med i reklame direkte oppfordringer til barn om å kjøpe annonserte produkter eller overtale foreldrene eller andre voksne til å kjøpe de annonserte produktene til dem. Denne bestemmelsen berører ikke artikkel 16 i direktiv 89/552/EØF om fjernsynsvirksomhet.”²⁸

Det fremgår av ordlyden i bestemmelsen at det for det første er forbudt å ta med i reklame direkte oppfordringer til barn om å kjøpe de annonserte produkter. For det andre er det

²⁸ Den engelske språkversjonen av svartelisten pkt. 28 lyder: *”Including in an advertisement a direct exhortation to children to buy advertised products or persuade their parents or other adults to buy advertised products for them. This provision is without prejudice to Article 16 of Directive 89/552/EEC on television broadcasting.”*

forbudt å ta med i reklame direkte oppfordringer til barn om å overtale foreldre eller andre voksne til å kjøpe de annonserte produktene til dem.

Det problematiske emnet i bestemmelsen er hva som ligger i begrepet ”direkte oppfordringer til barn om å kjøpe”.

Dette reiser i hovedsak tre tolkningsspørsmål som vil drøftes i det følgende. For det første hva ligger i begrepet ”direkte kjøpsoppfordring”. For det andre fra hvilket ståsted ytringen skal vurderes, og for det tredje om markedsføringskanalen – og ikke bare utsagnet i seg selv – har betydning for vurderingen.

2.2.1.1 Hvor ”direkte” må kjøpsoppfordringene være?

Det første spørsmålet er hva som ligger i begrepet ”direkte oppfordringer....om å kjøpe”.

En naturlig forståelse av ordlyden ”direkte oppfordringer....om å kjøpe” tilsier at det her må foreligge en form for ytring som direkte, i motsetning til indirekte oppfordrer til kjøp av det annonserte produkt. Skillet mellom den direkte og den indirekte oppfordring oppstiller dermed et kvalitativt krav til ytringens form. Konsekvensen av en slik tolkning blir at ytringens direkte karakter skal avgjøres på bakgrunn av en objektiv norm, hvilket også samsvarer med formålet om klare og forutberegnelige regler. Det betyr at en oppfordring til kjøp må fremgå direkte av reklamen. For eksempel vil en TV-reklame hvor det uttales ”Kom og kjøp dette spillet nå” bli rammet av forbudet. Når det avgrenses mot den indirekte kjøpsoppfordring, må denne vurderingen også gjøres i lys av at det ikke er ønsket å forby enhver form for reklame rettet mot barn. Ved trykket reklame bør det derfor stå trykket at man oppfordrer til kjøp av produktet. Det tilsier at indirekte og mer skjulte oppfordringer til kjøp dermed faller utenfor forbudets virkeområde. Et eksempel på dette er uttrykk som ”Får du hos din leketøysforhandler”. Dette vil formentlig bli ansett som en indirekte kjøpsoppfordring nettopp fordi det ikke direkte oppfordres til kjøp, men henvises til hvor produktet er tilgjengelig.

Det er i forbindelse med direktivet om urimelig handelspraksis blitt opprettet en internettportal som inneholder praktisk informasjon til forbrukere vedrørende hva som anses

som urimelig handelspraksis.²⁹ Et eksempel på reklame som brukes på siden for å illustrere hva som anses som en direkte kjøpsoppfordring til barn og således forbudt er:

”Hey kids!

Get your parents to buy the Golden Horrorscope Trilogy DVD and we'll enter your name to win a trip for four people to the Golden Hills Theme Park.”

Utsagnet ”Hey kids” viser at reklamen henvender seg til barn. I tillegg inneholder reklamen en direkte oppfordring til barn om å overtale foreldrene sine til å kjøpe en DVD. Det betyr at selv om utsagnet ”Hey kids” blir fjernet fra en slik reklame, så vil reklamen fremdeles være forbudt etter svartelisten pkt. 28. Grunnen til det er at reklamen inneholder en oppfordring til barn som å overtale sine foreldre til å kjøpe produktet. En oppfordring til å overtale foreldre eller andre voksne om kjøpe et produkt omfattes av de samme hensyn ligger til grunn for å avverge kjøpepress for barnet selv. I tillegg ville det vært lett for de næringsdrivende å omgå forbudet ved å endre fokuset til å oppfordre andre enn barnet selv til å kjøpe. Eksempelet ovenfor er derfor illustrerende på at det avgjørende vurderingstemaet er hvorvidt reklamen direkte oppfordrer barn til å anskaffe et produkt, uten at det er avgjørende hvordan dette skal anskaffes.

Selv om den norske språkversjonen av direktivet i utgangspunktet er gitt samme gyldighet som de andre språkversjonene, er det relevant å undersøke hvilken ordlyd av ”direkte oppfordringer” som er brukt i andre språkversjoner, blant annet fordi EF-domstolen ikke vil vurdere innholdet på bakgrunn av den norske versjonen.

I den danske språkversjonen er ordlyden ”*opfordrer direkte*” anvendt. Ordlyden her tilsier at det således er det samme innholdet i den danske versjonen som i den norske da begge versjoner benytter ”oppfordring”.

I den svenske språkversjonen er ordlyden ”*direkt uppmana*” anvendt. En oversettelse av ordet ”uppmana” tilsier at det her er tale om en oppfordring slik ordet er brukt i den norske og den danske språkversjonen.

²⁹ www.isitfair.eu Det har blitt lagt ut en egen link til denne siden på EU sine egne nettsider om direktivet om urimelig handelspraksis.

I den engelske språkversjonen er ordlyden ”*direct exhortation*” anvendt.

En oversettelse av ordet ”exhortation” tilsier at det her er tale om en formaning. Det må således foreligge en ”direkte formaning” etter den engelske språkversjonen. Sammenlignet med en ”direkte oppfordring” kan ordlyden ”direkte formaning” tilsi at det kreves en noe sterkere oppfordring etter den engelske ordlyden enn hva den norske ordlyden tilsier.

I den franske språkversjonen er ordlyden ”*inciter directement*” anvendt.

En oversettelse av ordlyden tilsier her at det er tale om en direkte oppmuntring. Et slikt ordvalg kan tale for at det skal noe mindre til etter franske språkversjonen enn etter den norske og engelske som krever at det må foreligge forholdsvis en direkte oppfordring eller direkte formaning.

I den tyske språkversjonen er ordlyden ”*direkten Aufforderung*” anvendt. Ordlyden tilsier at det må foreligge en oppfordring og som er i samsvar med den norske språkversjonen.

En slik sammenligning av språkversjonene viser at det foreligger flere nyanser av begrepet direkte kjøpsoppfordringer. Den engelske versjonen krever en direkte formaning mens den franske synes å kreve kun en oppmuntring til kjøp. På den annen side så er det veldig små nyanser det er tale om. Det forutsettes i et følgende at disse nyansene ikke er av betydning for tolkningen av begrepet ”direkte kjøpsoppfordring til barn”.

2.2.1.2 Hvem skal vurderingen ta utgangspunkt i?

Utgangspunktet er at adressaten for de direkte kjøpsoppfordringene skal være barn, jf. ordlyden ”direkte oppfordringer til barn”.

Når det kreves at kjøpsoppfordringen må være rettet mot barn blir det neste spørsmålet om ordlyden legger opp til en vurdering av om det foreligger en direkte kjøpsoppfordring ut i fra barns perspektiv eller om det også her skal legges til grunn en objektiv norm.

Ordlyden ”til barn” gir i seg selv ingen direkte veiledning på dette spørsmålet. Den sier bare at den direkte kjøpsoppfordringen må være rettet mot barn. Dersom en legger til grunn en

vurdering ut fra barns perspektiv, så vil dette bygge på en hypoteseteori. Rettsanvenderne må da hypotetisk vurdere reklamens direkte karakter ut fra barns oppfatning. En slik hypotesetolkning innebærer en rekke retstekniske utfordringer, og strider således også mot intensjonen med klare og forutberegnelige regler.

På den andre siden fremheves det i fortalen til direktivet pkt. 18 at dersom en handelspraksis er særskilt rettet mot barn ”er det ønskelig at virkningene av denne handelspraksisen vurderes ut fra perspektivet til et gjennomsnittsleder av denne gruppen”.³⁰ Det tilsier at virkningene av reklamen skal vurderes ut fra barns perspektiv, og vurderingen skal ta utgangspunkt i gjennomsnittsleder av den aktuelle barnegruppen som reklamen retter seg mot. Det avgjørende blir hvordan gjennomsnittsleder oppfatter reklamen i det konkrete tilfellet.

Når bestemmelsen tolkes i lys av denne uttalelsen i fortalen, blir spørsmålet om kjøpsoppfordringene ikke trenger å være like direkte som det ordlyden legger opp til, nettopp fordi det avgjørende er hvordan et barn oppfatter kjøpsoppfordringen.

Dersom vurderingen skal ta utgangspunkt i barns perspektiv, innebærer dette at barnas alder og modenhet vil få betydning i en slik vurdering. Da må det først fastlegges hvilken ”barnegruppe” reklamen retter seg mot, før kjøpsoppfordringens direkte karakter vurderes ut fra perspektivet til gjennomsnittsleder av denne gruppen. For eksempel vil målgruppen til en reklame for en Barbie-dukke ha en lavere gjennomsnittsalder enn en reklame som gjelder mobile innholdstjenester. Det kan medføre at det skal mindre til for å bli påvirket av reklamens budskap desto yngre man er. Konsekvensen av dette blir en meget skjønnsmessig regel som åpner for variasjoner som følge av målgruppens alder og modenhet.

Barn kan være lett påvirkelige i tillegg til at de mangler kritisk sans. Dette kan bidra til at det skal forholdsvis lite til fra de næringsdrivendes side å oppmuntre små barn igjennom reklame til å kjøpe de annonserte produktene eller mase på foreldre. Derfor vil forbudet presumptivt få ett videre virkeområde ved å ta utgangspunkt i et barns perspektiv, fremfor en ren objektiv norm som ikke tilpasser kravene tilsvarende etter målgruppen. Det interessante her blir da

³⁰ Jf. direktivets forale pkt. 18 hvor det uttales: ”Dersom en handelspraksis er særskilt rettet mot en bestemt gruppe forbrukere, for eksempel barn, er det ønskelig at virkningen av denne handelspraksisen vurderes ut fra perspektivet til et gjennomsnittsleder av denne gruppen.”

motstriden mellom ønsket om å styrke barns vern mot kjøpsoppfordrende reklame, og formålet med svartelisten som er klare praktiserbare regler.

På den andre siden vil en slik hypotesetolkning bli vanskelig å praktisere fordi den forutsetter flere skjønnsmessige vurderinger. Dette vil medføre en svekkelse av forutberegneligheten til de næringsdrivende som skal innrette seg etter forbudet. Det ville bety at LEGO måtte legge til grunn en annen markedsføringsstrategi for LEGO DUPLO, fremfor LEGO Technic.³¹

Videre kan fastleggelsen av begrepet *gjennomsnittsfbruker* medføre sprikende tolkninger mellom medlemslandene. Det er imidlertid uttalt i direktivets fortale pkt. 18 at nasjonale domstoler og myndigheter i utgangspunktet kan bruke sitt eget skjønn ved fastleggelsen av begrepet *gjennomsnittsfbruker*.³² Når nasjonale domstoler og myndigheter her er overlatt et visst selvstendig skjønn ved fastleggelsen av begrepet, taler dette for at svartelisten pkt. 28 til en viss grad kan tolkes ulikt i medlemslandene, forutsatt at kjøpsoppfordringene vurderes ut fra barns perspektiv. En slik tolkning strider derimot med intensjonen bak svartelisten, som er å oppnå større rettslikhet mellom medlemslandene. Dette støttes også av direktivets fortale pkt. 17 hvor det uttales om forbudene i svartelisten:

”Disse er de eneste formene for handelspraksis som kan anses som urimelige uten vurdering i hvert enkelt tilfelle mot bestemmelsene i artikkel 5-9.”

Dette betyr at det ved vurderingen av om en handelspraksis er i strid med et av forbudene i svartelisten ikke er nødvendig med en urimelighetsvurdering som art. 5-9 i direktivet legger opp til.

I direktivets art. 5 nr. 3 står det:

”Former for handelspraksis som er egnet til vesentlig å endre den økonomiske atferden til bare en klart identifiserbar gruppe av forbrukere som er særlig sårbare for denne praksisen eller det produktet praksisen gjelder på grunn av psykisk eller fysisk svakhet, alder eller

³¹ LEGO DUPLO er store klosser laget for mindre barn. LEGO Technic er et mer avansert klosse- og byggesystem som forutsetter et høyere utviklingsnivå enn DUPLO.

³² Jf. direktivets fortale pkt. 18 hvor det uttales: *”Begrepet gjennomsnittsfbruker er ikke et statistisk begrep. Nasjonale domstoler og myndigheter må bruke sitt eget skjønn, idet det tas hensyn til Domstolens rettspraksis, for å bestemme gjennomsnittsfbrukerens typiske reaksjon i et gitt tilfelle.”*

godtroenhet på en måte som den næringsdrivende med rimelighet kan forventes å forutse, skal vurderes ut fra perspektivet til et gjennomsnittsleder av denne gruppen.”

Den vurderingen som her kommer til uttrykk er i samsvar med det som fremgår av direktivets fortale pkt. 18. Etter pkt. 17 i direktivets fortale, skal det ikke foretas en slik skjønnsmessig vurdering som art. 5 nr.3 og fortalens pkt. 18 legger opp til ved tolkningen av forbudene i svartelisten. Dette taler for at det skal legges til grunn en objektiv norm ved tolkningen av ordlyden slik at forbudet således blir enklere å praktisere.

Barn er uansett beskyttet etter det generelle forbudet mot urimelig handelspraksis i direktivet hvor det skal tas hensyn til barnets alder og manglende erfaring. Det betyr at selv om reklamen ikke oppfyller de objektive vilkårene i svartelisten pkt. 28, kan den likevel være forbudt etter en urimelighetsvurdering etter direktivets art. 5-9.

Drøftelsen viser at det er uklart hvorvidt vurderingen skal ta utgangspunkt i barns perspektiv eller om det skal legges til grunn en objektiv norm. Inntil EF-domstolen har tatt standpunkt til hvordan vurderingen skal foretas, er det usikkert hva som vil være gjeldende rett da begge vurderinger har gode grunner for seg. Da selve formålet med svartelisten er å oppnå enkle og praktiserbare forbud, har det imidlertid formodningen for seg å legge til grunn en objektiv norm for vurderingen av om det foreligger en direkte kjøpsoppfordring til barn.

.

2.2.1.3 Markedsføringskanalens betydning for tolkningen

Utgangspunktet er at svartelisten pkt. 28 etter sin ordlyd omfatter enhver form for reklame. Ordlyden i seg selv sier ikke noe om hvilken betydning markedsføringskanalen har for tolkningen av forbudet. Det taler for at valg av markedsføringskanal ikke påvirker den objektive normen som ble lagt til grunn ved fastleggelsen av ytringens kvalifiserende karakter. Dette støttes også av formålet for svartelisten som er enkle og praktiserbare regler. Det har derfor formodningen mot seg å tillegge markedsføringskanalen vekt i en konkret vurdering.

På den andre siden så kan markedsføringskanalen være relevant dersom det legges til grunn en vurdering ut fra barns perspektiv. Det er da naturlig å vurdere hvilken påvirkningskraft,

nærhet og styrke som formidles gjennom bruken av den aktuelle markedsføringskanal. Reklame i tv vil presumptivt gi et sterkere inntrykk på barn enn for eksempel en annonse i et blad. Det tilsier at det skal mindre til av oppfordrende ord og uttrykk dersom markedsføringskanalen bidrar til en sterk grad av påvirkelighet. Markedsføringskanalen gir dermed begrepet ”direkte oppfordringer” i forbudet et mer fleksibelt innhold. Det medfører at det må vurderes helt konkret i hvert enkelt tilfelle om reklamen, slik den fremgår av markedsføringskanalen, inneholder en kjøpsoppfordring som kan oppfattes som ”direkte” på bakgrunn av markedsføringskanalen.

En slik tolkning strider imidlertid mot de retts tekniske hensyn og forutberegnelighetshensyn som svartelisten bygger på. EU-rettens formålsorienterte tolkningstradisjon underbygger dette argumentet på en slik måte at fraværet av sterke motstridende rettskilder tilsier at markedsføringskanalen ikke er av betydning for de objektive krav som stilles til ytringen. Når det legges en slik forståelse til grunn, så taler dette for at vurderingen av om det foreligger en direkte kjøpsoppfordring skal avgjøres ut fra en objektiv norm og ikke ut fra barns perspektiv.

Derimot kan markedsføringskanalen være et moment i vurderingen av om de direkte kjøpsoppfordringene er *rettet mot barn* fordi det skal foretas en konkret vurdering hvor det blir naturlig å legge vekt på hvilket medium reklamen fremgår av. Det betyr at reklame i for eksempel Donald Duck & Co eller på Disney Channel presumptivt vil være rettet mot barn fordi barn er målgruppen til disse markedsføringskanalene.

2.2.1.4 Spesielt om reklame i fjernsyn

Av svartelisten pkt. 28 annet punktum fremgår det at ”*this provision is without prejudice to Article 16 of Directive 89/552/EEC on television broadcasting.*”³³

³³ Bakgrunnen for utgangspunktet i den engelske språkversjonen er at det foreligger nyanseforskjeller i ordlyden mellom den engelske og den norske som kan få betydning for tolkningsresultatet. Den engelske versjonen er relevant ved tolkningen fordi den er en av de språkversjonene EF-domstolen vil ta stilling til dersom tolkningsspørsmålet kommer opp for domstolen. Direktiv 89/552 EØF vil heretter omtales som TV-direktivet.

Problemstillingen er hvilken betydning presiseringen ”*is without prejudice to Article 16*” har for virkeområdet til svartelisten pkt. 28.

På norsk er ordlyden ”*without prejudice*” oversatt til ”*berører ikke*”.³⁴ Begrepet er noe vanskelig å oversette direkte til norsk i den sammenheng begrepet her er anvendt. En naturlig forståelse av ordlyden ”*without prejudice*” i denne kontekst tilsier at bestemmelsen er uten forbindtlighet for spesialregelen i TV-direktivet. Når dette leses i sammenheng med presiseringens virkeområde, som er ”*on television broadcasting*”, så hentyder ordlyden til at TV-direktivet art. 16 er et selvstendig forbud for reklame som sendes på tv. Svartelisten pkt. 28 skal derfor være uten betydning for spesialreglene for reklame i tv.

For å kunne fastlegge hva svartelisten pkt. 28 annet punktum ikke berører, er det derfor nødvendig med en nærmere redegjørelse av hva art. 16 i TV-direktivet omfatter.

Tv-direktivet art. 16 lyder som følger:

“Television advertising shall not cause moral or physical detriment to minors, and shall therefore comply with the following criteria for their protection:

(a) it shall not directly exhort minors to buy a product or a service by exploiting their inexperience or credulity;

(b) it shall not directly encourage minors to persuade their parents or others to purchase the goods or services being advertised;

(c) it shall not exploit the special trust minors place in parents, teachers or other persons;

*(d) it shall not unreasonably show minors in dangerous situations.”*³⁵

³⁴ Den norske språkversjonen av svartelisten pkt. 28 annet punktum lyder: ”*Bestemmelsen berører ikke artikkel 16 i direktiv 89/552/EØF om fjernsynsvirksomhet.*”

³⁵ Fordi TV-direktivet er utformet som et minimumsdirektiv er det gjennomført strengere regler vedrørende reklame rettet mot barn i norsk rett. Art. 16 i tv-direktivet anvendes ikke direkte på norsk og derfor blir det tatt utgangspunkt i den engelske språkversjonen. Ved direktiv 97/36 EF ble TV-direktivet endret. Betydningen dette fikk for art. 16 i TV-direktivet er at den siterte teksten blir nr. 1, mens nytt nr. 2 lyder: ”*Telekjøp skal være i samsvar med kravene i nr. 1 og skal i tillegg ikke påvirke mindreårige til å inngå avtaler om salg eller leie av varer eller tjenester.*”, jf. endringsdirektivet art. 1 pkt. 18.

Den norske versjonen lyder som følger:

TV-direktivet art. 16 litra a nedlegger et forbud mot reklame som ”directly exhort minors”. Denne ordlyden er sammenfallende med den engelske språkversjonen av svartelisten pkt. 28 som benytter formuleringen ”direct exhortation” som nevnt ovenfor.³⁶ Det fremstår dermed som et ønske om et sammenfallende forbud under tv-direktivet som etter svartelisten pkt 28. Problemet er at det i TV-direktivet oppstilles ett tilleggsvilkår som ikke er likelydende med svartelistens pkt 28. Det kreves nemlig at oppfordringen skjer ”by exploiting their inexperience and credulity”.³⁷ Ordlyden legger her opp til en skjønnsmessig vurdering av de virkemidler som anvendes i reklamen. Et skjønnsmessig tilleggsvilkår som forutsetter en analyse av reklamens virkemidler, innebærer at bestemmelsen får et annet materielt innhold enn det som følger av svartelisten pkt 28. Dette tilleggsvilkåret tilsier således at det foreligger et snevrere forbud etter TV-direktivet art. 16 sammenlignet med svartelisten pkt. 28. En slik tolkning betyr at en reklame kan anses forbudt etter svartelisten pkt. 28, men ikke etter TV-direktivet art. 16 da det her foreligger et ytterligere tilleggsvilkår som må være oppfylt.

Etter TV-direktivet art. 16 litra b er det også forbudt med tv-reklame som oppmuntrer barn til å overtale foreldre eller andre voksne til å kjøpe de annonserte produktene til dem, hvor den engelske språkversjonen benytter ordet ”encourage” som kan forstås som en mildere form for oppfordring enn hva som kreves etter svartelisten pkt. 28.

Ordlyden i TV-direktivet art. 16 tilsier dermed at dette forbudet har et annet materielt innhold og således et annet anvendelsesområde enn svartelisten pkt. 28.

”Fjernsynsreklame skal ikke påføre mindreårige moralsk eller fysisk skade og skal derfor for å beskytte dem være i samsvar med følgende kriterier:

- a) den skal ikke direkte påvirke mindreårige til å kjøpe et produkt eller en tjeneste ved å utnytte deres uerfarenhet eller godtroenhet,
- b) den skal ikke direkte påvirke mindreårige til å overtale foreldrene eller andre til å kjøpe produktene eller tjenestene det reklameres for,
- c) den skal ikke utnytte mindreåriges særlige tillit til foreldre, lærere eller andre personer,
- d) den skal ikke uten saklig grunn fremstille mindreårige i farlige situasjoner.”

³⁶ Se ovenfor under pkt 2.2.1.1.

³⁷ Den norske oversettelsen av direktivet bruker her formuleringen ” ved å utnytte deres uerfarenhet eller godtroenhet”.

Spørsmålet blir derfor om presiseringen ”*without prejudice*” medfører at direkte kjøpsoppfordringer til barn i tv-reklame kun skal reguleres av TV-direktivet.

Ordlyden i svartelisten pkt. 28 tilsier at alle former for reklame er omfattet av forbudet. Utgangspunktet er derfor at forbudet også vil ramme direkte kjøpsoppfordringer til barn i tv-reklame. Dette underbygges av formålet med bestemmelsen som er å beskytte barn mot urimelig kjøpepress, jf. fortalen pkt. 18. Videre vil de retts tekniske hensyn og forutberegnelighetshensyn som ligger til grunn tale for en slik forståelse. Den direkte påvirkningsgrad og rekkevidde som reklame i tv representerer tilsier at behovet for et klart regelverk for å beskytte barn er fremtredende. Når det er gjort unntak i svartelistens pkt 28 for TV-direktivet art 16, kan det tale for at intensjonen for presiseringen var et ønske om et mer omfattende forbud der tv brukes som markedsføringskanal. Fordi den europeiske rettstradisjon ikke legger til grunn en like bokstavelig ordlydstolkning som man gjør i Norge, så mener Jules Stuyck³⁸ at forbudet i litra a og b i TV-direktivet er det samme som forbudet i svartelisten pkt. 28. Svartelisten pkt 28 berører derimot ikke forbudene som følger av litra c og d i art. 16. Det medfører at det for reklame i TV-gjelder egne særbestemmelser ved siden av det direkte forbudet som fremgår av svartelisten pkt. 28.³⁹ Det betyr at selv om ordlyden isolert sett kan fremstille forbudet med en snevrere rekkevidde, tilsier den europeiske formålslojalitet og retts tekniske hensyn at man legger til grunn en tilsvarende forståelse av forbudet etter litra a og b som svartelisten pkt 28.

³⁸ Yearbook of Consumer Law 2007. ”*The notion of Empowered and Informed Consumer in consumer Policy and How to Protect the Vulnerable Under Such a Regime*”. Jules Stuyck. Side 167 flg.

³⁹ Jf. Yearbook s.184-185 hvor det uttales: ”...*This provision is without prejudice to Article 16 of Directive 89/552/EEC on television broadcasting. The last sentence means that the practices mentioned in Article 16 of the Television Directive (a) directly exhorting minors to buy by exploiting their inexperience or credulity; (b) directly encouraging minors to persuade their parents or others to purchase; (c) exploiting the special trust minors place in parents, teachers or other persons; (d) unreasonably showing minors in dangerous situations, remain prohibited in all circumstances when they are part of television broadcast advertising. Only practices which are listed in Article 16 of the TV Directive or in the black list of the UCPD can be prohibited in all circumstances, i.e. without checking whether they are misleading, aggressive or otherwise contrary to professional diligence and whether they materially distort the consumer’s economic behavior. The practices mentioned in Article 16(a) and (b) of the TV Directive seem to coincide with number 28 of the UCPD. The practices mentioned in Article 16(c) and (d) are not mentioned in the blacklist of the UCPD and can therefore not, in other forms of advertising than broadcast advertising, be prohibited as such.*”

Hvis denne forståelsen legges til grunn medfører dette at det foreligger to parallelle regelverk med samme materielle innhold når det gjelder direkte kjøpsoppfordringer til barn. En forskjell er imidlertid hvem forbudene retter seg mot.

Dette innebærer at det kun er kringkasteren som kan holdes ansvarlig for reklame som strider i mot TV-direktivet.⁴⁰ Dersom svartelisten pkt. 28 ikke skal få anvendelse på tv-reklame, innebærer dette at annonsøren ikke kan holdes ansvarlig for direkte kjøpsoppfordringer til barn i reklame som sendes på tv. Dette er ikke forenlig med bakgrunnen for forbudet i svartelisten pkt. 28 som således er å totalforby alle direkte kjøpsoppfordringer til barn i reklame uavhengig av markedsføringskanal. Tv-reklame er en viktig og attraktiv markedsføringskanal for annonsørene som ofte gjør et sterkere inntrykk på barn i motsetning til andre markedsføringskanaler som for eksempel en annonse i et blad. Det taler for at det derfor er strengt nødvendig at svartelisten pkt. 28 også skal gjelde for reklame i tv, slik at forbudet kan håndheves effektivt.

Konsekvensen av dette blir at det for de kommersielle aktører alltid vil gjelde et totalforbud mot direkte kjøpsoppfordringer til barn i reklame uavhengig av hvilken markedsføringskanal som anvendes.

For kringkastere vil det derimot gjelde strengere regler for reklame i tv rettet mot barn, ved siden av forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer til barn. På den måten vil TV-direktivets art. 16 fremdeles opprettholde sin selvstendige betydning fordi den retter seg mot kringkasteren av reklamen. Kringkasteren må derfor sørge for at en reklame i tv rettet mot barn er i samsvar med de bestemmelser som følger av TV-direktivet.

3 Forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer i norsk rett

3.1 Innledning

Direktivet om urimelig handelspraksis ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 93/2006 av 7. juli 2006 med forbehold om Stortingets samtykke som ble gitt

⁴⁰ Jf. Tv-direktivet art. 3 nr. 2.

16. februar 2007 ved behandling av saken. Direktivet medførte et behov for en revisjon av markedsføringsloven da det var utformet som et totalharmoniseringsdirektiv, men medførte ingen store endringer i norsk markedsføringsrett. Markedsføringsloven av 2009 som trådte i kraft 01.06.09 avløste den tidligere markedsføringsloven av 16. juni 1972 nr. 47.

3.2 Rettstilstanden etter markedsføringsloven av 1972

3.2.1 Innledning

Den gamle markedsføringsloven hadde ingen bestemmelser som direkte omhandlet markedsføring rettet mot barn. Reklame rettet mot barn ble etter loven vurdert i forhold til generalklausulen i § 1 første ledd, da om hvorvidt markedsføringen kunne anses som ”urimelig” eller ”i strid med god markedsføringsskikk”. For at en handling skulle anses som ”urimelig” var utgangspunktet at det krevdes en viss allmenn fordømmelse av handlingen.⁴¹ Urimelighetskriteriet er en rettslig standard som medfører at den til en hver tid kan anvendes på de endrede samfunnsforhold. Samtidig er det noe uklart hva som er omfattet av kriteriet til enhver tid og det er således opp til håndhevningsmyndighetenes skjønn hva som skal anses som urimelig.⁴²

Kriteriet ”god markedsføringsskikk” ble inntatt i loven 1. april 1997 og hadde som formål å klargjøre rettstilstanden vedrørende uetisk markedsføring. I forarbeidene til lovendringen ble det i forbindelse med markedsføring rettet mot barn uttalt:

”Når det gjelder markedsføring rettet mot barn vil en her kunne stille noe strengere krav enn ellers. Særlig er det viktig at barn beskyttes mot at deres uerfarenhet utnyttes.”⁴³

Forbrukerombudet og Markedsrådet har således tolket generalklausulen strengere når barn og unge har vært målgruppen for markedsføringen.⁴⁴ Det fremgår av Forbrukerombudets og

⁴³ Jf. Ot.prp.nr.70 (1995-1996) side 11.

⁴³ Jf. Ot.prp.nr.70 (1995-1996) side 11.

⁴³ Jf. Ot.prp.nr.70 (1995-1996) side 11.

⁴⁴ Se for eksempel MR-sak nr. 1/79 hvor spørsmålet var om samleserier i Donald over flere nummer var i strid med mfl. § 1. Markedsrådet uttalte ”For at markedsføringen av samleserien skal anses stridende mot

Markedsrådets praksis at barn er en spesielt sårbar gruppe og har særskilt behov for beskyttelse, og det har derfor blitt oppstilt en streng aktsomhetsnorm ved markedsføring overfor barn og unge.⁴⁵

3.2.2 Forbudet mot kjøpsoppfordringer

Praksis etter den gamle markedsføringsloven viser at Forbrukerombudet og Markedsrådet i flere saker har vurdert om kjøpsoppfordringer i reklame rettet mot barn var i strid med generalklausulen i § 1 første ledd. Spørsmålet var da om kjøpsoppfordringene var egnet til å skape et urimelig kjøpepress overfor barn.

Forbrukerombudet har i sine retningslinjer til den gamle loven vedrørende markedsføring rettet mot barn og unge uttalt at oppfordringer som for eksempel ”kom og kjøp”, ”får du hos din leketøysforhandler” og ”neste gang du kjøper” vil kunne anses som ”urimelig” eller ”i strid med god markedsføringsskikk” og således være i strid med mfl. § 1 første ledd. Videre vil også oppfordringer til barn i reklame om å overtale foreldre eller andre voksne til å kjøpe de annonserte produktene til dem vurderes etter mfl. § 1 første ledd. I Forbrukerombudets praksis som gjelder trykt reklame har det blitt lagt vekt på om det i tillegg har blitt benyttet andre virkemidler som forsterker kjøpsoppfordringen, for eksempel bruk av lokkemidler eller om reklamen spiller på barns følelser.⁴⁶

Et eksempel fra Forbrukerombudets praksis hvor det forelå en kjøpsoppfordring til barn er FO-sak 01-1337 Statoil Norge AS som gjaldt markedsføringen av ”Statoils Sommerpass”. Sommerpassene var en aktivitetsbok for barn som ble utdelt på alle Statoil stasjonene. Teksten i aktivitetsbøkene inneholdt en oppfordring om å kjøre innom stasjonene for å samle

generalklausulen i markedsføringslovens § 1, kreves det her som ellers at den etter en konkret vurdering av det bestemte opplegg det dreier seg om og de nærmere omstendigheter ved dette, må anses urimelig i forhold til de forbrukere den er rettet til. Markedsføringen er her rettet fortrinnsvis til barn, og det er ingen uenighet om at det da må utvises særlig varsomhet og at forholdet til lovens urimelighetskriterium må vurderes med utgangspunkt i at kravene må stilles særskilt strengt.”

⁴⁵ I MR-sak nr. 8/93 uttaler Markedsrådet at: ”det må utvises spesiell aktsomhet når markedsføringen retter seg mot barn.”

⁴⁶ Forbrukerombudet 1999 s. 22

effekter og kjøpe is. Forbrukerombudet kom til at dette var en oppfordring til barn om å overtale foreldre til å kjøre innom stasjonene og handle, og markedsføringen var således i strid med det særlige aktsomhetskravet som inngår i vurderingen av god markedsføringsskikk. Saken ble avsluttet ved at det ble lagt til grunn at Statoil tok hensyn til vurderingen ved fremtidige markedsføringskampanjer.

Et eksempel fra Forbrukerombudets praksis som gjaldt bruk av virkemidler som kunne være egnet til å forsterke kjøpsoppfordringen er FO-sak 99-0701 McDonalds Norge som gjaldt en annonse for ”Happy Meal” i tegneserien Donald Duck & Co. I Happy Meal fulgte det med en ny leke hver uke, og lekene kunne settes sammen til en stor Mikke Mus-figur dersom man hadde de fire ulike delene. Mikke Mus-figuren kunne også kjøpes separat. I annonsen var det stort fokus på de ulike lekene som barna kunne samle på i 4 fire uker og deretter settes sammen. Forbrukerombudet kom til at en slik form for markedsføring ville appellere til barns samlebehov og bidra til å øke kjøpepresset og fant at markedsføringen av Happy Meal således var i strid med mfl. § 1.

Saken illustrerer at bruk av lokkemidler i reklame rettet mot barn er egnet til å forsterke kjøpepresset, og at det er et moment i vurderingen hvorvidt markedsføringen er å anse i strid med mfl. § 1.

Eksempelene fra Forbrukerombudets praksis illustrerer at det for hver sak har blitt foretatt en konkret skjønnsmessig vurdering av om markedsføringen er i strid med mfl. § 1. Det fremgår av Forbrukerombudets og Markedsrådets praksis at når markedsføringen retter seg mot barn er det denne forbrukergruppen urimelighetsvurderingen skal ta utgangspunkt i.

3.3 Rettstilstanden etter markedsføringsloven av 2009

3.3.1 Innledning

Ved revisjonen av markedsføringsloven valgte departementet å synliggjøre beskyttelsen av barn i loven på bakgrunn av det økende kommersielle presset mot barn i samfunnet. I høringsnotatet som ble utsendt i forbindelse med ny markedsføringslov fremgår det at behovet for regler som beskytter barn i markedsføringsloven tidligere har vært oppe til

behandling, men den gangen fant man at barn og unge var godt nok ivaretatt igjennom den gamle loven. Når loven nå skulle revideres, ble spørsmålet om en egen barnebestemmelse igjen satt på dagsordenen på bakgrunn av den økende kommersialiseringen i samfunnet. Videre var det ønskelig at tidligere tolkning og praksis etter den gamle loven ble kodifisert i den nye markedsføringsloven så langt det var forenlig med direktivet om urimelig handelspraksis.⁴⁷

Departementet fant derfor at tidligere praksis som beskytter barns ikke-økonomiske interesser kunne videreføres i den nye loven. Tidligere praksis som knyttet seg til barns økonomiske interesser og dermed faller inn under direktivets virkeområde, må derimot integreres i tolkningen av de bestemmelser som gjennomfører direktivet.⁴⁸

Dette resulterte i et eget kapittel i den nye markedsføringsloven med særlige bestemmelser som beskytter barn mot markedsføring.

Markedsføring mot barn er nå regulert i kapittel 4 i markedsføringsloven og kapitlet er delt opp i tre bestemmelser. Den første bestemmelsen, mfl. § 19, er en alminnelig bestemmelse hvor den såkalte ”aktsomhetsnormen” er inntatt. Videre regulerer mfl. § 20, urimelig handelspraksis overfor barn, hvor forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer fremgår av annet ledd.

God markedsføringsskikk overfor barn er inntatt i mfl. § 21 som er en presisering av mfl. § 2, og regulerer etiske og moralske aspekter i markedsføring.

3.3.2 Forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer etter mfl. § 20 annet ledd

3.3.2.1 Bakgrunnen for forbudet i mfl. § 20 annet ledd

⁴⁷ Høringsnotatet kapittel 7, pkt. 7.1.

⁴⁸ Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) s. 67.

I mfl. § 20 ønsket departementet å regulere markedsføring mot barn som faller inn underdirektivets virkeområde. Første ledd presiserer hvilke forhold det skal legges vekt på ved en urimelighetsvurdering etter mfl. § 6.⁴⁹

I mfl. § 20 annet ledd er forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer til barn inntatt slik forbudet fremgår av svartelisten pkt. 28 for å oppnå harmonisering av direktivet. Det innebærer at det foreligger tilsvarende ordlyd i mfl. § 20 annet ledd som i svartelisten pkt. 28 første punktum. Betydningen av TV-direktivet for bestemmelsens virkeområde er derimot ikke tatt med i loven. Hvilken konsekvens dette eventuelt får for bestemmelsens virkeområde i forhold til svartelisten pkt. 28, vil bli behandlet nedenfor under pkt. 3.3.3.

I høringsnotatet til den nye markedsføringsloven ble følgende høringsforslag til mfl. § 20 annet ledd vurdert:

”En markedspraksis er alltid urimelig dersom den direkte oppfordrer barn til å kjøpe eller til å overtale foreldre eller andre voksne til å kjøpe et produkt.”⁵⁰

I høringsrunden ble det påpekt av flere instanser at ordlyden i forslaget var upresis og ikke i samsvar med forbudet etter direktivet. Praktiseringen av forbudet ville dermed bli problematisk. Instansene i høringsrunden sammenlignet ordlyden i svartelisten pkt. 28, *”ta med direkte oppfordringer til barn”* i reklame med ordlyden i høringsforslaget som gjaldt reklame som *”direkte oppfordrer barn”*. Det var her små nyanseforskjeller i ordlyden, men som kunne gi ulike tolkningsresultater. Svartelistens ordlyd tar sikte på å forby reklame som inneholder en direkte oppfordring, i motsetning til ordlyden i høringsforslaget som forbyr reklame som direkte oppfordrer barn.

Justisdepartementet hevdet at høringsforslagets ordlyd kunne forstås som at den omfattet all markedsføring som er rettet mot barn, fordi det alltid ligger en form for oppfordring til å kjøpe

⁴⁹ Mfl. § 20 første ledd lyder: *”Ved vurderingen av om en handelspraksis er urimelig etter § 6 skal det legges vekt på om handelspraksisen er særskilt rettet mot barn. Selv om handelspraksisen ikke er særskilt rettet mot barn, skal det legges vekt på om den, på grunn av art eller produkt, er egnet til å påvirke barn, og om den næringsdrivende kan forventes å forutse barns særlige sårbarhet for praksisen.”*

⁵⁰ Ot.prp. nr. 55 s. 71 og Høringsnotat vedrørende ny lov om markedsføring s. 97 pkt. 7.7.

produktet som markedsføres. De mente derfor at innholdet i høringsforslaget fikk et annet anvendelsesområde enn forbudet etter svartelisten, da ordlyden etter svartelisten ”synes å sikte til at reklamen er formulert slik at den direkte henvender seg til barna”.⁵¹

Forbrukerrådet hevdet også at ”praktisk talt enhver direkte markedsføring mot barn og ungdom lett vil kunne påvirke deres ønske om å handle” og dermed anses som en ”direkte oppfordring”.⁵²

Da flere høringsinstanser kommenterte forslaget om ”direkte” oppfordringer og problematiserte praktiseringen av bestemmelsen, foreslo departementet å ta svartelisten pkt. 28 ordrett inn i loven for å unngå uklarheter og eventuell motstrid med direktivet.⁵³ Ordlyden i høringsforslaget tilsa at reklame, som i utgangspunktet alltid har som formål å oppfordre til kjøp, vil være urimelig og dermed forbudt, dersom den er myntet mot barn. En slik ordlyd kunne da medføre at all markedsføring rettet mot barn ville være forbudt, og et slikt forbud ville ikke være i samsvar med direktivet.

Et slikt bevisst lovvalg fra departementets side illustrerer at det er et ønske å tolke bestemmelsen i samsvar med EØS-retten for å oppnå et EØS-konformt resultat. At det ikke er lagt nærmere føringer i forarbeidene for hvordan forbudet skal forstås, taler for at man her ønsker å utvikle bestemmelsen igjennom praksis i tråd med utviklingen av svartelisten pkt. 28 i de andre medlemslandene.

3.3.2.2 Forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer etter mfl. § 20 annet ledd

Utgangspunktet for tolkningen av mfl. § 20 annet ledd er dermed det samme som for svartelisten pkt. 28. På grunn av lovgivers uttalte ønske om å videreføre innholdet i svartelisten pkt. 28 og EØS-avtalens rettskildemessige betydning, er det naturlig ikke bare å ta utgangspunkt i svartelistens ordlyd, men også i det materielle innhold som fastlagt ovenfor under pkt. 2.3.1.

⁵¹ Justis- og politidepartementets kommentarer til høringsrunden s. 5. Dette syn kommer også til uttrykk i Ot.prp. nr. 55 s. 72.

⁵² Forbrukerrådets kommentarer til høringsrunden s. 4. Dette syn kommer også til uttrykk i Ot.prp. nr. 55 s. 72.

⁵³ Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) s. 72.

Spørsmålet er dermed hva som ligger ”direkte oppfordringer til barn om å kjøpe” etter norsk rett. Redegjørelsen vil i det følgende deles opp etter samme systematikk som for svartelisten pkt. 28.

3.3.2.2.1 Hvor ”direkte” må kjøpsoppfordringene være?

Første spørsmål blir hva som ligger i begrepet ”direkte oppfordringer...om å kjøpe” etter mfl. § 20 annet ledd.

Utgangspunktet etter ordlyden er at det også her må foreligge en form for ytring som direkte, i motsetning til indirekte, oppfordrer til kjøp av det annonserte produkt. Ordlyden legger videre opp til at dette skillet skal trekkes etter en objektiv norm.

At oppfordringene må være ”direkte” tilsier at det kreves en uttrykkelig kjøpsoppfordring for at reklamen skal rammes av forbudet. Det fremgår av forarbeidene at det er uklart hvor uttrykkelig og sterk kjøpsoppfordringen må være for at den skal anses som ”direkte”, og at grensen mellom det direkte og indirekte må trekkes i praksis. Det uttales derimot at utsagn som ”kom og kjøp” er et eksempel på en ytring som er å anse som en direkte kjøpsoppfordring.⁵⁴ Utsagn som ”kom og kjøp” gir dermed uttrykk for hvilke kvalitative krav ordlyden stiller til utsagnets direkte karakter.

Under høringsrunden foreslo PRESS – Redd Barna Ungdom at ordet ”direkte” skulle fjernes fra bestemmelsen, slik at også indirekte kjøpsoppfordringer til barn blir rammet av forbudet.⁵⁵ Dette ble bevisst ikke fulgt opp fra lovgivers side fordi man ønsket en ordlyd som var i samsvar med svartelisten pkt. 28. Når lovgiver tar et slikt standpunkt, taler dette for at det også etter mfl. § 20 annet ledd må foreligge det samme kvalitative skille mellom den direkte og indirekte kjøpsoppfordring som etter svartelisten pkt 28.

⁵⁴ Jf. Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) s. 63 og 205.

⁵⁵ Jf. Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) s. 72

Indirekte kjøpsoppfordringer og direkte markedsføring som ikke inneholder en uttrykkelig til kjøpsoppfordring må derfor vurderes etter andre bestemmelser i markedsføringsloven. De relevante bestemmelsene for en slik vurdering vil være den generelle urimelighetsklausulen i mfl. § 6 og kravet om god markedsføringsskikk i mfl. § 2.

Forbrukerombudet har utarbeidet en *veiledning om handelspraksis overfor barn og unge*⁵⁶ i forbindelse med de nye bestemmelsene om barn i markedsføringsloven. Formålet med veiledningen er å gi generell informasjon og veiledning om markedsføringslovens bestemmelser som omhandler barn og unge, men uten å gi en uttømmende fremstilling.⁵⁷ Det fremgår av Forbrukerombudets veiledning at ”*det må vurderes konkret*” om en reklame inneholder en direkte kjøpsoppfordring til barn.⁵⁸ Det innebærer at man må ta utgangspunkt i reklamen slik den er formulert for å vurdere om det foreligger en direkte kjøpsoppfordring som er i strid med mfl. § 20 annet ledd. Det er således også i samsvar med den vurderingen svartelisten pkt. 28 legger til grunn. Videre uttales det at vurderingen skal bygge på ”*markedsføringens utforming, herunder hvilke ord og formuleringer som blir brukt*”.⁵⁹ Når det er klart at de rene oppfordringer som ”kom og kjøp” rammes, jf. ovenfor, blir spørsmålet om henvisningen til en slik konkret vurdering åpner for en utvidende tolkning av ordlyden ”direkte”.

Konsekvensen av å tillegge ord og formuleringer vekt i vurderingen kan dermed medføre at en hver ytring i reklame som oppmunter til anskaffelse blir rammet av forbudet. En slik utvidende tolkning betyr at ordlyden ”direkte oppfordringer ... om å kjøpe” også kan omfatte andre ord som betyr det samme som ”å kjøpe”. Det taler for at ord som ”å bestille” også vil bli rammet av forbudet. Et eksempel på dette er bruk av utsagn som ”bestill denne søte bamsen til din mobil nå!”.

En lignende sak har vært oppe til uformell behandling i Forbrukerombudet.

Saken gjaldt en reklame på internett for en rosa animasjonsbamse som het ”Fluffy Bear”. I annonsen sto det: ”*Fluffy Bear på din mobil! Klikk her!*”. Både bamsen og bakgrunnsfargen i

⁵⁶ Av juni 2009. Veiledningen ligger tilgjengelig på forbrukerombudets hjemmeside.

⁵⁷ Forbrukerombudet (2009) s. 3 under pkt. 1.1

⁵⁸ Forbrukerombudet (2009) s. 8 under pkt. 5.3

⁵⁹ Forbrukerombudet (2009) s. 8 under pkt. 5.3.

annonsen var rosa, hvilket tilsa at reklamen særlig var rettet mot barn. Isolert sett oppfyller ikke annonsens tekst de kvalitative krav som ordlyden og forarbeidene legger i kravet ”direkte kjøpsoppfordring”. På bakgrunn av reklamens konkrete utforming vurderte allikevel Forbrukerombudet reklamen som en mulig direkte kjøpsoppfordring til barn, og således i strid med forbudet i mfl. § 20 annet ledd.

Forbrukerombudet tolker dermed ordlyden utvidende som følge av den konkrete vurdering som veiledningen legger opp til. En slik tolkning ivaretar hensynet til beskyttelse av barn mot urimelig kjøpepress og begrenser muligheten for å omgå forbudet ved bruk av kreative formuleringer. På den andre siden så har en slik utvidende tolkning ikke støtte i verken ordlyden eller forarbeidene. Videre så strider dette i mot de retts tekniske hensyn og forutberegnelighetshensyn som ligger til grunn for både svartelisten pkt. 28 og mfl. § 20 annet ledd. Selv om saken ikke er formelt behandlet, illustrerer den godt hvordan Forbrukerombudets veiledning kan åpne for at Forbrukerombudet tolker ordlyden utvidende. Hvorvidt en slik vurdering vil stå seg for en domstol er derimot mer usikkert.

Andre formuleringer, som ”neste gang du kjøper” og ”får du hos din leketøysforhandler”, ble vurdert som urimelig etter § 1 i den gamle markedsføringsloven.⁶⁰ Ordlyden i formuleringene oppfordrer til kjøp ved å opplyse om eventuelle fordeler ”neste gang du kjøper” eller hvor du kan kjøpe det annonserte produktet. For at reklamen skal rammes av mfl. § 20 annet ledd kreves det imidlertid at det foreligger en ”direkte” kjøpsoppfordring. Etter svartelistens pkt. 28 skal dette vurderes på bakgrunn av en objektiv norm, hvor det stilles krav til ytringens kvalitative form.⁶¹ De ovenfor nevnte ytringer oppfordrer ikke i seg selv direkte til kjøp. De opplyser om fordeler og belyser tilgjengelighet, hvilket gjør kjøpsoppfordringen mer indirekte. Ordlyden i de nevnte formuleringer oppfyller dermed ikke det kvalitative krav til en direkte oppfordring, og vil således ikke være forbudt etter svartelisten. Det taler for at slike formuleringer heller ikke bør rammes av forbudet etter norsk rett. Når lovgiver ønsket å videreføre tidligere rettstilstand gjennom markedsføringsloven, så var det ikke kun gjennom mfl. § 20 annet ledd, men gjennom markedsføringsloven i sin helhet. Det har derfor formodningen for seg at slike uttalelser vurderes etter markedsføringslovens øvrige

⁶⁰ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 59.

⁶¹ Se ovenfor under pkt. 2.2.1.1

bestemmelser og ikke etter mfl. § 20 annet ledd. Det vil da være aktuelt å vurdere dem i forhold til mfl. § 6 eller mfl. § 2.

Overnevnte drøftelse viser at det er vanskelig å oppstille en klar grense for hva som rammes av forbudet. Utgangspunktet er at det må foretas en konkret vurdering av reklamen hvor det vil være naturlig å se hen til hvilke ord og formuleringer som er anvendt. Hvor mye som skal til av kjøpsoppfordrende uttrykk må vurderes ut i fra hensynet til å beskytte barn mot et urimelig kjøpepress, men vurderingen må allikevel avgrenses mot de mer ”indirekte” kjøpsoppfordringene som faller utenfor forbudets rekkevidde. Ordlyden i forbudet som lovgiver her har valgt er hentet fra svartelisten pkt. 28 i direktivet om urimelig handelspraksis. Det taler for at det skal legges til grunn det samme materielle innhold som etter svartelisten pkt. 28, som medfører at utgangspunktet er en objektiv norm ved vurderingen av om kjøpsoppfordringen er ”direkte”. Det kan derfor ikke legges avgjørende vekt på forbrukerombudets uttalelser vedrørende hvordan kravet om en direkte oppfordring til kjøp skal tolkes.

3.3.2.2.2 Hvem skal vurderingen ta utgangspunkt i?

Videre skal de direkte kjøpsoppfordringene være rettet mot barn, jf. ordlyden ”*direkte oppfordringer til barn om å kjøpe*”.

Spørsmålet er således om det skal legges til grunn en objektiv norm ved vurderingen av om det foreligger en direkte kjøpsoppfordring eller om utgangspunktet for vurderingen skal være hvordan et barn oppfatter kjøpsoppfordringen, slik spørsmålet også forelå ved tolkningen av svartelisten pkt. 28.⁶²

Ved tolkningen av svartelisten pkt. 28 var dette tolkningsspørsmålet uklart da det fremgikk av direktivets fortale pkt. 18 at dersom en handelspraksis retter seg mot barn, så skal virkningene av denne vurderes ut fra barns perspektiv. På den andre siden så tilsa hensynet til enkle praktiserbare regler og forutberegnelighet at det skulle legges til grunn en objektiv norm ved vurderingen av om det forelå en direkte kjøpsoppfordring.

⁶² Se ovenfor under pkt. 2.2.1.2.

Det fremgår av forarbeidene til markedsføringsloven at vurderingen av om det foreligger en direkte kjøpsoppfordring til barn etter mfl § 20 annet ledd skal ”vurderes ut fra barns perspektiv, jf. § 19”.⁶³ Mfl. § 19⁶⁴ første ledd oppstiller en særlig aktsomhetsnorm som retter seg mot de kommersielle aktører som utformer markedsføringen. Mfl. § 19 annet ledd retter seg imidlertid mot håndhevingsmyndighetene fordi det er de som avgjør hvorvidt ”en handelspraksis er i strid” med markedsføringsloven. Reklame er en form for handelspraksis og § 19 annet ledd er dermed relevant for tolkningen av § 20 annet ledd. Det tilsier at ved vurderingen av om en reklame er i strid med mfl. § 20 annet ledd så må håndhevingsmyndighetene ta ”hensyn til alder, utvikling og andre forhold som gjør barn spesielt sårbare”. Mfl. § 19 annet ledd uttaler ikke uttrykkelig at reklamen skal vurderes ut fra barns perspektiv. Den gir uttrykk for at det skal tas hensyn til barns sårbarhet i en urimelighetsvurdering. Når markedsføringsloven § 19 tolkes i lys av uttalelsene i forarbeidene, blir det nærliggende å tolke ordlyden til at vurderingen skal foregå ut fra det perspektiv som gjør barn spesielt sårbare ovenfor reklame.

Selv om en slik vurdering i utgangspunktet medfører en form for hypotesevurdering, kan det bidra til en høyere beskyttelse av barn som forbrukergruppe fordi en slik vurdering tar utgangspunkt i hvordan barn oppfatter reklamen. En kjøpsoppfordring kan oppleves sterkere ut fra et barns perspektiv sammenlignet med perspektivet til en voksen person som ikke er like lett påvirkelig. Formålet med bestemmelsen, som er å beskytte barn mot urimelig kjøpepress, støtter også et slikt resonnement. Det er imidlertid ikke avgjørende hvordan kun et enkelt barn oppfatter reklamen. Hvis vurderingen skal ta utgangspunkt i barns perspektiv blir det således avgjørende hvordan den samlede gruppen som reklamen retter seg mot oppfatter reklamen. Når det i mfl. § 19 annet ledd presiseres at det skal tas hensyn til blant annet alder og utvikling ved vurderingen, kan det være hensiktsmessig å legge til grunn perspektivet til

⁶³ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 205.

⁶⁴ Mfl. § 19 lyder: ”Når en handelspraksis rettes mot barn, eller for øvrig kan ses eller høres av barn, skal det vises særlig aktsomhet overfor barns påvirkelighet, manglende erfaring og naturlige godtroenhet. Ved vurderingen av om en handelspraksis er i strid med bestemmelser i eller i medhold av denne lov, skal det tas hensyn til alder, utvikling og andre forhold som gjør barn spesielt sårbare.”

”gjennomsnittsforbrukeren” slik begrepet er presentert i direktivet om urimelig handelspraksis.

På den andre siden så medfører en vurdering ut fra barns perspektiv at ordlyden ”direkte oppfordringer...om å kjøpe” vil bli tolket utvidende. Kravet til ytringens direkte karakter vil etter en slik vurdering bli lempet fordi det ofte ikke skal så mye til av kjøpsoppfordrende ord og uttrykk før barn blir påvirket. Det vil således være retts teknisk uheldig å legge til grunn en slik tolkning fordi ordlyden oppstiller et kvalitativt krav til ytringen. Videre vil det være vanskelig for de næringsdrivende å forutse hvordan håndhevingsmyndighetene fastsetter hva som ligger i barns perspektiv i den konkrete saken. Når det etter ordlyden er oppstilt et klart forbud, har det formodningen for seg at det legges til grunn en klar ordlystolkning. Ved å legge til grunn en objektiv norm vil dette bidra til å skape et forbud som er enklere å praktisere for håndhevingsmyndighetene og videre styrker forutberegneligheten til de næringsdrivende som skal innrette seg etter forbudet. En objektiv norm vil bidra til at praksis rundt forbudet vil være relevant ved senere avgjørelser, da det ikke beror på en bred skjønnsmessig vurdering av hvordan barn opplever reklamen i det konkrete tilfellet.

Ved drøftelsen av svartelisten pkt. 28 var spørsmålet noe uklart, men selve formålet med svartelisten som er enkle praktiserbare regler, tilsa at det skulle legges til grunn en objektiv norm for vurderingen. Det taler for at det må legges til grunn den samme objektive normen ved praktiseringen av forbudet i mfl. § 20 annet ledd.

Selv om det uttrykkelig uttales i forarbeidene at kjøpsoppfordringene skal vurderes ut fra barns perspektiv, viser Rt. 1997 s. 1954 at slike uttalelser i forarbeidene ikke tillegges særlig vekt dersom forbudet i EU/EØS-retten legger til grunn en objektiv norm for forståelsen.⁶⁵ Hva som legges til grunn i EU/EØS vil først bli avklart når tolkningsspørsmålet kommer opp for EF-domstolen.

3.3.2.2.3 Markedsføringskanalens betydning for tolkningen

⁶⁵ Rt. 1997 s. 1954 ble omtalt under pkt. 1.3.2.

Etter den nåværende rettskildesituasjonen i EU skal spørsmålet om det foreligger en direkte kjøpsoppfordring vurderes etter en objektiv norm. Markedsføringskanalen har etter dette ikke en selvstendig betydning ved en slik vurdering.⁶⁶ Som følge av lovgivers uttalte ønske om lik praktisering av forbudet, er derfor utgangspunktet at markedsføringskanalen ikke får betydning for tolkningen av ”direkte oppfordringer” etter mfl. § 20 annet ledd.

På den andre siden så uttaler Forbrukerombudet i sin veiledning at ”*mediets art*” vil ha betydning for vurderingen av om det foreligger en direkte kjøpsoppfordring.⁶⁷ Mediets art synes å sikte til hvilken markedsføringskanal reklamen fremgår av. Disse uttalelsene hentyder til at den direkte kjøpsoppfordringen ikke trenger å være like direkte som ordlyden krever dersom markedsføringskanalen i seg selv er direkte. Forbrukerombudet uttaler videre at ”*jo mer direkte markedsføringskanalen er i sin art, jo mindre direkte behøver kjøpsoppfordringen å være for å være i strid med mfl. § 20 (2).*” ”*For eksempel vil en kjøpsoppfordring i en TV-reklame kunne virke sterkere og mer direkte enn tilsvarende oppfordring i en avisannonse.*”⁶⁸ Forbrukerombudets uttalelser tilsier at markedsføringskanalen får betydning for kravet til ytringens direkte karakter. Forbrukerombudet legger her opp til at det ikke er avgjørende om kjøpsoppfordringen i seg selv som er ”direkte”, men om valget av markedsføringskanal gjør at ytringen oppfyller det kvalitative kravet som ligger i ordlyden. Kravet om at kjøpsoppfordringen må være direkte blir dermed et relativt begrep. For eksempel vil valg av tv som markedsføringskanal kunne bidra til at en reklame blir forbudt, mens den likelydende reklamen i en avis er lovlig.

På den andre siden så fremgår det ikke av ordlyden i mfl. § 20 annet ledd at det skal legges vekt på disse omstendighetene. Dersom begrepet ”direkte kjøpsoppfordringer” tolkes strengere ved markedsføringskanaler som bruker lyd og bilde, skaper dette en skjønnsmessig vektlegging av de ulike markedsføringsvirkemidlene. Dette åpner for tolkningsvariasjoner og medfører uforutsigbarhet for de næringsdrivende, hvilket igjen åpner for kreative løsninger for å omgå forbudet. Ved å ta markedsføringskanalens betydning med i vurderingen kan det videre medføre at også de indirekte kjøpsoppfordringene til barn blir rammet av forbudet, som verken er forenlig med bestemmelsens ordlyd eller forarbeidene.

⁶⁶ Se ovenfor pkt. 2.2.1.3.

⁶⁷ Forbrukerombudet (2009) s. 8 under pkt. 5.3.

⁶⁸ Forbrukerombudet (2009) s. 8 og 9 under pkt. 5.3.

Slike former for reklame kan uansett bli ansett som urimelig og være i strid med andre bestemmelser i markedsføringsloven. At en reklame ikke er forbudt etter mfl. § 20 annet ledd betyr nødvendigvis ikke at den er tillatt. Det taler for en bokstavelig tolkning av bestemmelsen, som innebærer at det kun er de kjøpsoppfordringer som objektivt sett oppfyller ordlydens kvalitative krav som er forbudt. Det fremgår heller ikke av direktivets svarteliste pkt. 28 at markedsføringskanalen skal få betydning for tolkningen av om oppfordringen er direkte. Det taler for at det i den konkrete vurderingen av om en kjøpsoppfordring er direkte ikke kan legges vekt på markedsføringskanalens direkte karakter.

Videre uttaler Forbrukerombudet at *”markedsføring sendt direkte - en-til-en - til barn på deres mobil, e-postadresse eller i direkte adressert vanlig post i utgangspunktet alltid vil anses som en direkte kjøpsoppfordring til barn om å kjøpe på grunn av den direkte kontakten med barnet”*.⁶⁹ En slik presumsjon er i direkte motstrid med ordlyden.

Et forbud mot direkte markedsføring til barn var oppe til behandling under utformingen av den nye markedsføringsloven. Det fremgår både av Forbrukerombudets og Forbrukerrådets uttalelser i høringsrunden at det var ønskelig å innføre et uttrykkelig forbud mot direkte reklame til barn og unge under 16 år. Årsaken til dette var at direkte reklame mot barn under 16 år ble ansett som en meget aggressiv og uønsket form for markedsføring.⁷⁰

Departementet kom til at direktivet om urimelig handelspraksis legger begrensninger for å innføre et slikt forbud i loven på bakgrunn av direktivets fortale pkt. 18, hvor det uttales at det ikke skal nedlegges et totalforbud mot reklame rettet mot barn. Departementet hevdet at et slikt forbud beskytter forbrukernes økonomiske interesser og var således innenfor direktivets virkeområde, og uttalte i den forbindelse: *”dersom det er tale om økonomiske interesser, må direkte adressert reklame vurderes konkret opp mot direktivets urimelighetsstandard”*, og videre *”det foreslås etter dette ikke et uttrykkelig forbud mot direkte (adressert) markedsføring til barn”*.⁷¹ Når departementet her har gått inn og vurdert om et forbud mot direkte markedsføring mot barn kan gjennomføres i norsk rett og deretter konkluderer med at det ikke lar seg forene med direktivet fordi et slikt forbud beskytter barns økonomiske

⁶⁹ Forbrukerombudet (2009) veiledning 2009 s. 9.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 68.

⁷¹ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 68.

interesser, kan uttalelsene til Forbrukerombudet vedrørende direkte markedsføring vanskelig opprettholdes.

Markedsrådet har tidligere nedlagt forbud mot direkte adressert reklame for slankeprodukter til umyndige under 18 år.

MR-sak nr. 9/2001 omhandlet utsendelse av direkte adressert reklame for slankepreparater til barn og ungdom under 18 år. Markedsrådet kom i saken til at markedsføringen var i strid med mfl. § 1 første ledd. Ved markedsføring av slankeprodukter til barn og unge uttalte Markedsrådet: *”Mange unge har et vanskelig forhold til egen kropp og vekt, og markedsføringstiltaket kan anses for å nøre opp under slik usikkerhet, som i verste fall kan bidra til spiseforstyrrelser.”*

Et slikt forbud som fremgår av overnevnte sak kan videreføres i den nye markedsføringsloven da forbudet er begrunnet i smak og anstendighetshensyn. Forbudet er således utenfor virkeområdet til direktivet om urimelig handelspraksis og vil etter den nye loven bli vurdert etter kriteriet ”god markedsføringsskikk” i mfl. § 2. Det fremgår av mfl. § 21 at det blant annet skal legges vekt på om markedsføring overfor barn spiller på barns dårlige selvtillit ved vurderingen av om markedsføringen er i strid med god forretningsskikk etter mfl. § 2.

Dette illustrerer at når enkelte former for markedsføring mot barn ikke er forbudt etter mfl. § 20 annet ledd, kan de allikevel anses forbudt etter andre bestemmelser i markedsføringsloven. Da vil både urimelighetsvurderingen etter mfl. § 6 være relevant og kravet om ”god markedsføringsskikk” i reklame som fremgår av mfl. § 2.

3.3.2.2.4 Etske problemstillinger relevans for mfl. § 20 annet ledd

Direkte kjøpsoppfordringer til barn er forbudt fordi det presumptivt utsetter barn for et urimelig kjøpepress. For å unngå at barn utsettes for et slikt press er det derfor nedlagt et forbud mot *”å ta med i reklame direkte oppfordringer til barn om å kjøpe”*. Som beskrevet ovenfor så oppstiller forbudet krav til at ytringen i reklamen direkte oppfordrer barn til å kjøpe og dermed utsetter dem for et urimelig kjøpepress.

Kommersielle aktører har imidlertid en tendens til å benytte andre virkemidler for å oppnå samme virkning, uten at det kommer til uttrykk som en ”direkte kjøpsoppfordring”.

Eksempler på dette er at det igjennom reklamen spilles på barns følelser. Etter den gamle loven ble slike virkemidler tillagt vekt ved vurderingen av om det forelå en direkte kjøpsoppfordring.⁷²

Dette illustreres av FO-sak 87-2743 som gjaldt en annonse i bladet Donald Duck & Co for kosedyrene ”Sad Sam” og ”Honey”. I annonsen for kosedyrene sto det;

”Ta med meg hjem. Så søte, men samtidig så triste! Tenk om Sad Sam og Honey må sove ute i natt!”

Forbrukerombudet forbød reklamen fordi reklamen utsatte barn for et urimelig kjøpepress ved å spille på deres dårlige samvittighet. Virkningen av reklamen i overnevnte sak ble akkurat den virkningen mfl. § 20 annet ledd ønsker å beskytte barn mot. Forskjellen mellom en slik oppfordring og en ”kom og kjøp”-ytring er de ulike virkemidlene som er anvendt for å oppfordre til kjøp.

Spørsmålet er derfor om forbudet i mfl. § 20 annet ledd kan tolkes utvidende slik at bestemmelsen også omfatter reklame der virkemidlene som anvendes har samme virkning som de direkte kjøpsoppfordringer.

I forarbeidene er det uttalt at mfl. § 20 annet ledd skal tolkes ut fra barns perspektiv.⁷³ Dersom det legges til grunn en slik vurdering, så vil virkemidlenes virkning overfor barn være av relevans for den konkrete vurdering Forbrukerombudet legger opp til. Mfl. § 19 annet ledd presiserer nettopp at det skal tas hensyn til ”forhold som gjør barn spesielt sårbare”.⁷⁴ Det taler for at virkemidler som spiller på barns følelser er et relevant moment i vurderingen av om det foreligger en direkte kjøpsoppfordring til barn. Mfl. § 20 annet ledd er i så henseende en presisering av ønsket om å verne barn mot urimelig kjøpepress. Det taler for at reklame som anvender slike virkemidler også bør anses forbudt etter mfl. § 20 annet ledd.

⁷² Forbrukerombudet (2009) s. 9 under pkt. 5.4.

⁷³ Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) s. 205.

⁷⁴ Jf. Ovenfor under pkt. 3.3.2.2.

På den andre siden så gir slike virkemidler i reklame uttrykk for en indirekte kjøpsoppfordring. En utvidende tolkning av forbudet som medfører at også indirekte kjøpsoppfordringer er forbudt etter mfl. § 20 annet ledd, vil stride i mot ordlyden i forbudet som tilsier at det må foreligge en direkte kjøpsoppfordring. Videre så er reklame som spiller på barns følelser for kommersielle formål etisk problematiske og vil bidra til skjønnsmessige vurderinger. Det fremgår det av direktivet om urimelig handelspraksis at nasjonale bestemmelser vedrørende smak og anstendighet faller utenfor direktivets virkeområde.⁷⁵ Det taler for at markedsføring som har en etisk side i stedet bør vurderes etter bestemmelser i markedsføringsloven som ikke gjennomfører direktivets bestemmelser. Forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer til barn er et forbud som er utformet for å oppstille enkle og forutsigbare regler. Det er igjennom de retts tekniske fordelene ved en enkel regel man vil oppnå rettslikhet, som igjen bidrar til å styrke beskyttelsen av barn. Det er derfor de skjønnsmessige vurderinger er unntatt fra mfl. § 20 annet ledd. Etter mfl. § 2 er det forbudt med reklame som strider mot ”god markedsføringsskikk”. Ved vurderingen av om en reklame strider i mot god markedsføringsskikk skal det legges vekt på ”allmenne etikk- og moraloppfatninger, eller om det tas i bruk støtende virkemidler”.⁷⁶ Når dette skal vurderes overfor barn, er det i mfl. § 21 presisert ytterligere momenter som skal inngå i vurderingen, blant annet om det spilles på ”dårlig samvittighet”.⁷⁷ Det taler for at kjøpsoppfordringer til barn som har en etisk side ikke bør omfattes av mfl. § 20 annet ledd men i stedet vurderes etter mfl. § 2.

⁷⁵ Direktivets forale pkt. 7.

⁷⁶ Jf. Mfl. § 2 første ledd annet punktum.

⁷⁷ Mfl. § 21: ”Særlig om god markedsføringsskikk overfor barn

Når markedsføring overfor barn vurderes etter § 2, skal det blant annet legges vekt på om markedsføringen

- a) oppfordrer til lovbrudd, farlig atferd eller brudd med vanlige sikkerhetsnormer,
- b) spiller på sosial usikkerhet, dårlig samvittighet eller dårlig selvtillit,
- c) bruker skremmende virkemidler eller er egnet til å skape frykt eller angst, eller
- d) bruker aggressive virkemidler som vold, seksualitet eller rusmidler. ”

3.3.3 Spesielt om reklame i fjernsyn

Som nevnt under pkt. 2.2.1.4, så inneholder svartelisten pkt. 28 annet punktum en presisering av bestemmelsens virkeområde i forhold til tv-reklame.⁷⁸ En tilsvarende presisering er imidlertid ikke inntatt i mfl. § 20 annet ledd.

Spørsmålet blir således hvilken betydning dette har for tolkningen av mfl. § 20 annet ledd.

Fraværet av presiseringen som fremgår av svartelisten pkt. 28 annet punktum ble ikke begrunnet ved utarbeidelsen av mfl. § 20 annet ledd i forarbeidene. Forklaringen må derfor søkes i TV-direktivets rolle som en rettskilde og et selvstendig forbud. TV-direktivet er utformet som et minimumsdirektiv hvor Norge har gjennomført strengere regler i Lov om kringkasting av 4. desember 1992 nr. 127⁷⁹ med tilhørende forskrifter. Det er i krkl. § 3-1 annet ledd nedlagt forbud mot ”*reklameinnslag i tilknytning til barneprogram eller reklameinnslag som er særlig rettet mot barn*”.

Lex specialis-prinsippet tilsier at det spesielle forbud i kringkastingsloven skal gå foran det generelle forbud i markedsføringsloven. Det taler for at tv-reklame først og fremst må vurderes etter den strengere spesialregel i krkl. § 3-1 annet ledd. Det medfører at forbudet i mfl. § 20 annet ledd ikke berører kringkastingslovens spesialregler om reklame rettet mot barn.

Ved tolkningen av presiseringen i svartelisten pkt. 28 annet punktum var konklusjonen at forbudet også gjelder for reklame sendt på tv slik at annonsøren kan holdes ansvarlig, men for kringkaster gjelder fremdeles de strengere bestemmelsene som fremgår av TV-direktivet. Det som blir særlig problematisk i norsk rett er at praktiseringen av ”lovstridsprinsippet”⁸⁰ etter den gamle markedsføringsloven tilsier at forbudet i krkl. § 3-1 annet ledd indirekte også gjelder for annonsører. Det innebærer at forbudet mot reklame rettet mot barn i tv ikke bare

⁷⁸ “This provision is without prejudice to Article 16 of Directive 89/552/EEC on television broadcasting”.

⁷⁹ Heretter krkl.

⁸⁰ ”Lovstridsprinsippet innebærer at markedsføring som strider i mot ufravikelig spesiallovgivning som gjelder forbrukerbeskyttelse også vil kunne anses som brudd på gjeldende markedsføringslov § 1 første ledd ved at den anses ”urimelig i forhold til forbrukere””, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008)s. 20.

gjelder for kringkasteren men også for annonsøren. Et spørsmål i så henseende er om lovstridsprinsippet er videreført ved praktiseringen av den nye markedsføringsloven fordi det er relevant for avgjørelsen av hvilket selvstendig grunnlag mfl. § 20 annet ledd har for reklame i tv.

Ved utarbeidelsen av den nye markedsføringsloven kom departementet til at lovstridsprinsippet kunne videreføres i den nye loven og uttalte i den forbindelse:

*”Departementet legger til grunn at overtredelse av spesialregelverk som beskytter forbrukerinteresser også vil kunne rammes av den nye markedsføringsloven. Det vil være en konkret vurdering om vilkårene i § 6 om urimelig handelspraksis eller § 2 om uetisk markedsføring er oppfylt.”*⁸¹

Dette tilsier at dersom en reklame er i strid med bestemmelsene i kringkastingsloven, kan den etter en konkret urimelighetsvurdering også være forbudt etter gjeldende markedsføringslov. Når en reklame er urimelig etter markedsføringsloven medfører dette at annonsøren kan holdes ansvarlig for reklamens innhold.

Da reklame rettet mot barn i tv er forbudt etter norske regler og annonsøren kan holdes ansvarlig etter lovstridsprinsippet, blir spørsmålet hvilket selvstendig grunnlag mfl. § 20 annet ledd har ved reklame i tv.

Utgangspunktet er at forbudet i mfl. § 20 annet ledd gjelder for reklame i alle markedsføringskanaler, således også reklame som sendes i tv. Problemet er hvordan forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer til barn får selvstendig betydning i tv-reklame, når forarbeidene forutsetter at bestemmelsene i kringkastingsloven og lovstridsprinsippet kan videreføres og som dermed medfører at all reklame rettet mot barn i tv er forbudt.

Forbrukerombudet omtaler spesielt forholdet til tv-reklame i sin veiledning vedrørende forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer som tilsier at tv som markedsføringskanal fremdeles vil være relevant for forbudets virkeområde. Det taler for at mfl. § 20 annet ledd har en selvstendig betydning for tv-reklame.

⁸¹ Jf. Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) s. 21 og 22.

For at annonsøren skal kunne holdes ansvarlig for reklamen er det tilstrekkelig at Forbrukerombudet og Markedsrådet konstaterer at en reklame er i strid med forbudet i mfl. § 20 annet ledd. Det betyr at dersom en tv-reklame er i strid med forbudet i mfl. § 20 annet ledd er det ikke nødvendig å foreta en konkret vurdering om reklamen for det første er i strid med krkl. § 3-1 annet ledd for deretter å vurdere om reklamen er urimelig etter mfl. § 6 eller § 2 hvor det må foretas en konkret urimelighetsvurdering. Dette medfører at direkte kjøpsoppfordringer til barn i tv-reklame kan håndheves effektivt av tilsynsorganene.

Videre vil konsekvensen av tv-reklame som er i strid med mfl. § 20 annet ledd være at det ikke er nødvendig å søke å oppnå en frivillig ordning med den næringsdrivende, fordi mfl. § 36 gir hjemmel til å direkte sanksjonere den næringsdrivende uten at forsøk på frivillig ordning er foretatt. Sanksjoneringsspørsmålet vil bli nærmere behandlet nedenfor under pkt. 4.

Det kan da synes på dette punkt at det ikke foreligger materiell forskjell mellom forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer etter svartelisten pkt. 28 og etter forbudet i mfl. § 20 annet ledd.

På den andre siden er det et helt annet spørsmål om bestemmelsene i kringkastingsloven fremdeles kan opprettholdes, og da spesielt det absolutte forbudet mot reklame rettet mot barn og unge i kringkasting, nå som direktivet om urimelig handelspraksis legger begrensninger på norsk rett. Dette faller således utenfor oppgavens problemstilling og vil ikke bli behandlet her.

4 Betydningen av at en handelspraksis er i strid med mfl. § 20 annet ledd

Dersom det foreligger en reklame som i sin utforming inneholder en direkte oppfordring til barn om å kjøpe det annonserte produkt, er den forbudt etter mfl. § 20 annet ledd. Spørsmålet blir hvilke konsekvenser det medfører for den næringsdrivende at en handelspraksis er forbudt etter mfl. § 20 annet ledd.

Det er Forbrukerombudet som er tilsynsorgan og skal sørge for at mfl. § 20 annet ledd overholdes av de næringsdrivende, jf. mfl. § 34 første ledd.

Utgangspunktet er at når markedsføring er i strid med markedsføringsloven skal Forbrukerombudet søke å oppnå frivillig ordning gjennom forhandlinger med den næringsdrivende, jf. mfl. § 35.

Det fremgår imidlertid av mfl. § 36 første ledd at dersom Forbrukerombudet finner at en reklame er i strid med § 20 annet ledd, er det ikke nødvendig at Forbrukerombudet søker å oppnå frivillig ordning etter forhandlingsmodellen i § 35. Forbrukerombudet har da anledning til enten selv å fatte vedtak eller å oversende saken direkte til Markedsrådet for avgjørelse, jf. mfl. § 35 tredje ledd. Begrunnelsen for unntaket fra forhandlingsmodellen er at *”de spesifikke forbudene inneholder mer konkrete og objektive kriterier, som det i utgangspunktet er lettere for de næringsdrivende å forholde seg til”*.⁸² Forbudet mot direkte kjøpsoppfordringer til barn er utformet nettopp med dette formål for øyet, hvilket gjør det naturlig at det kan treffes direkte avgjørelser uten at det forhandles om løsninger først. Ved overtredelse av mfl. § 20 annet ledd kan Forbrukerombudet og Markedsrådet treffe vedtak om forbud etter § 40, påbud etter § 41, tvangsmulkt etter § 42 eller overtredelsesgebyr etter § 43. Det vedtak som blir truffet er et enkeltvedtak og således underlagt forvaltningsloven. Dette sikrer de næringsdrivendes mulighet til kontradiksjon, klage og å eventuelt prøve vedtaket for domstolene.

Det forhold at hovedregelen om frivillig ordning er fraveket som følge av mfl. § 20 annet ledd sitt fravær av skjønnsmessige vurderinger, er et selvstendig moment som underbygger den objektive og ikke utvidende tolkningen av forbudet som diskutert ovenfor.

Formålet til lovgiver var å utforme så klare regler at slike sanksjoneringsmuligheter lar seg begrunne i den klare og forutsigbare karakter. Fraværet av rettspraksis og annen praksis på mfl. § 20 annet ledd gjør det vanskelig å si for sikkert at lovgiverne har lyktes med dette. Det som derimot fremstår som sikkert er at bestemmelsen ved et nærmere øyesyn innehar klare tolkningsmessige utfordringer.

⁸² Ot.prp. nr 55 (2007-2008) side 151 flg.

LITTERATURLISTE

Bøker og artikler:

Arnesen, Finn og Are Stenvik *Internasjonalisering og juridisk metode – særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. Oslo, 2009

EØS-rett. Fredrik Seiersted...[et al.]. 2. utg. Oslo, 2004

Løchen, Torvald C. og Amund Grimstad *Markedsføringsloven – kommentarutgave*. 7. utg. Oslo, 2003

Forbrukerombudet 2009, *Forbrukerombudets veiledning om handelspraksis overfor barn og unge*. Juli 2009

Forbrukerombudet 1999, *Forbrukerombudets retningslinjer – Markedsføring og avtalevilkår – Barn og Unge*. Mars 1999. Revidert oktober 2002

Meland, Casper M.. *En komparativ analyse av norsk og engelsk kontraktsrett*. I: *MarIus* nr. 356. 2007, s. 1-67

Stuyck, Jules. *The notion of Empowered and Informed Consumer in consumer Policy and How to Protect the Vulnerable Under Such a Regime*. I: *Yearbook of Consumer Law*. 2007, s. 167-187

Lov- og forarbeidsregister:

- | | |
|----------------------------|---|
| 2009 | Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) av 9. januar 2009 nr. 2. |
| 1972 | Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven) av 16. juni 1972 nr. 47. |
| 1992 | Lov om kringkasting (kringkastingsloven) av 4. desember 1992 nr. 127. |
| Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) | Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) |
| Ot.prp. nr. 70 (1995-1996) | Om endring av markedsføringsloven |
| Høringsnotatet | Høringsnotat fra Barne- og likestillingsdepartementet om ny lov om markedsføring og annen markedspraksis (markedsføringsloven) av 07.07.06. |

EU/EØS:

TV-direktivet	Rådsdirektiv av 3. oktober 1989 om samordning av visse bestemmelser om utøvelse av fjernsynsvirksomhet, fastsatt ved lov eller forskrift i medlemsstatene (TV-direktivet)
Endringsdirektiv	Europaparlaments- og Rådsdirektiv 97/36/EF av 30. juni 1997 om endring av rådsdirektiv 89/552/EØF om samordning av visse bestemmelser om utøvelse av fjernsynsvirksomhet, fastsatt ved lov eller forskrift i medlemsstatene
Direktivet om urimelig handelspraksis	Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked og om endring av rådsdirektiv 84/450/EØF, europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 2006/2004 (Direktivet om urimelig handelspraksis)

Praksis:

Høyesterett:	Rt. 1997 s. 1954
Markedsrådet:	MR-sak nr. 1/79 A/S Hjemmet MR-sak nr. 8/93 Produktnavn på godteposer MR-sak nr. 9/01 Petter Manley
Forbrukerombudet:	FO-sak 01-1337 Statoil Norge AS FO-sak 99-0701 McDonalds Norge FO-sak 87-2743 BRIO kosedyr